النهاية في شرح الهداية

للشيخ الإمام العلامة المحقق النبيل الفهامة

حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي

المتوفى سنة ٧١٤ هجرية رحمه الله تعالى

تطبع كاملة للمرة الأولى في العالم

محققة ومنقحة عن ثماني عشرة (١٨) نسخة خطية

قدم لها وحقق نصوصها وعلق عليها

الحافظ المولوي محمد أحمد الحقاني الأفغاني

ابن العلامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النهركاريزي

غفر الله لهما ولوالديهما وأحسن إليهم

الجزء العاشر

المحتوى:

الغصب - الشفعة - القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح -

الأضحية - الكراهية - إحياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن

دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah

الكتاب: النهاية في شرح الهداية Title: AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA	
التصنيف: فقه حنفي - شروح Classification: Hanafit jurisprudence - Explanations	
المؤلف: العلامة حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي (ت ٧١٤ هـ) Author: Al-Allama Housamuddin Houssein ben Ali ben Hajjaj Al-Sighnaqi (D. 714 H.)	
المحقق: الحافظ المولوي محمّد أحمد الحقاني الأفغاني Editor: Al-Hafiz Al-Mawlawi Mohammed Ahmad Al-Hakkani Al-Afghani	
الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut	
Pages: (11Parts/11Vols.) 6840	عدد الصفحات: (١١جزء/١١مجلد)
Size: 17 x 24 cm	قياس الصفحات:
Year: 2023 A.D. - 1445 H.	سنة الطباعة:
Printed in: Lebanon	بلد الطباعة: لبنان
Edition: 1st (2 Colors)	الطبعة: الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN: 978-2-7451-9445-9
9 782745 194459
90000

بسم الله الرحمن الرحيم

(كِتَابُ الغَصْبِ)

كتاب الغصب

إيراد كتاب الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين:

أحدهما: أن الغصب من أنواع التجارة مآلًا، حتى أن إقرار المأذون لمَّا صحَّ بديون التجارة دون غيرها صحَّ بدين الغصب أيضًا، ولم يصح بدين المهر، لكون الأول من التجارة دون الثانِي، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس من المناسبة.

والثانِي: أن المغصوب ما دام قائمًا بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكًا لرقبته، فصار كالعبد المأذون، فإنه غير مالك لرقبته وما في يده من أموال التجارة، وإن كان يتصرف فيه تصرف الملاك، فذكر المتجانسين متصلًا أحدهما بالآخر من المناسبة، إلا أنه قدَّم الإذن في التجارة؛ لأنه مشروع من كل وجه، والغصب ليس بمشروع.

اعلم أن محاسن الغصب من حيث الأحكام لا من حيث الإقدام، كما في باب الجنايات، والدِّيات، فإن المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حُكمه المرتب عليه؛ لأنه ليس في الغصب شيء من الإباحة، فضلًا عن الحسن والطاعة، بل هو عدوان محض، وظلم صرف.

ثم محاسنه من حيث الحكم هي: أن الله تعالى لم يجعله خُلوًّا عن الضمان، ومُهملًا عن البيان، بل جعل الأبدان والأموال كلها معصومة عن العدوان، وجازى لكل منهما بجزاء توجبه العرفان، وتقتضيه الهُرْمان[1]، ونطقت ألسنة مؤيدة له بصريح البيان، حيث قال النبي

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): الهُرمان: العقل.

....

صلَّى الله عليه وسلَّم: «أمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا اله إلا الله، فإذا قالوها فقد عصموا منِّي دماءهم وأموالهم إلا بحقها»، وفائدة العصمة هي أن لا تُهدر الجناية، ولا تُهمل الخيانة؛ وذلك لأن بقاء الأبدان مقصود كل عاقل، ومرغوب كل نبيه وخامل، ولا بقاء لها إلا بالأموال في ظاهر الأحوال، فلذلك من أتلف مالًا معصومًا لم يؤخر جزاؤه إلى العقبى، بل عوجل في الأولى، على ما يقتضيه الحجى، ليتحقق ما ذكرنا من المقصود، وهو أن ينتفع المغصوب منه بالمنقود، فيؤدي الغاصب مثله إن كان من ذوات الأمثال، أو قيمته إن كان من ذوات القيم بلا إمهال؛ إذ لا إمكان لجبر الفائت، إلا بهذا القدر الثابت، في حق الناطق والصامت، فكان في إيجاب الضمان بِهذا مراعاة حق المتلف عليه، وزجر الغاصب الجانِي، كيلا يُقْدم في حق القاصي والدانِي، فإنه إذا تأمل في هذا يعلم أنه لا جدوى فيه سوى غضب الديان، ومَقْت الرحمن، فينزجر حينئذٍ كيلا يكون من اللَّهْفان، ولا يتسم بسمة العلْهان.

فيحتاج هاهنا إلى بيان الغصب لغةً، وشرعًا، وبيان سببه، وشرطه، وحكمه، ودليل حرمته، وأنواعه.

ثم بيان الكتاب أغنانا عن بيانه لغةً، وشرعًا، ولكن نذكر ما زيد عليه إذا انتهينا إلى بيان لفظ الكتاب.

وأمَّا سببه: فهو الحرص الهالع، والهوى المِتبَع إذا كان مختارًا، وإرادة دفع الضرر عن نفسه، وما يلحق به إذا كان مضطرًّا أو غير عالم به.

وأمَّا شرطه: فعند أبي حنيفة رحمه الله كون المأخوذ منقولًا، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرًا، حتى أن من غصب العقار لا يكون موجبًا للضمان عندهما.

وأمَّا حكمه: فنوعان: أحدهما وجوب رد العين ما دام على حاله لم يتغيَّر، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «على اليد ما أخذت حتى ترد»، والتغيير نوعان: قد يكون من حيث الزيادة، وقد يكون من حيث النقصان، وقد يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بغير فعله.

وأمَّا دليل حرمته: فثابت بالكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم

الغَصْبُ فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ مِنَ الغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ التَّغَلُّبِ لِلْاسْتِعْمَالِ فِيهِ.

وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ،

بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ [النساء: ١٠].

وأمَّا السنة فقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يحل مال امرئٍ مسلمٍ إلا بطيبة نفس منه»، وقال في خطبته: «ألا إن دماءكم وأعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومي هذا، في شهري هذا، في مقامي هذا».

وأمَّا أنواعه: فإن المغصوب لا يخلو: إما أن يكون غير منقول كالدار، والعقار، أو منقولًا وهو على نوعين: إما أن يكون مثليًّا كالكيليِّ والوزنيِّ الذي ليس في تبعيضه مضرة، والعددي المتقارب كالجوز، وإمَّا أن يكون غير مثليّ كالحيوانات، والذرعيات، والعددي المتقارب، كالبطيخ، والرمان، والوزني الذي في تبعيضه مضرة كالقُمْقُمة، والسِّوارُ، وأحكام كل منهما يذكر في موضعه، ويذكر فيما بعد إن شاء الله تعالى، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«شرح الطحاوي» وغيرها.

قوله: الغَصْبُ فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ مِنَ الغَيْرِ، أطلق على المغصوب لفظ الشيء ولم يقيد بالمال؛ لأن الغصب لغةً مستعمل في كل باب، مالًا كان المأخوذ أو غير مال، يقال: غصب زوجة فلان وولده، كذا في «المبسوط».

قوله: مُحْتَرَمٍ، هو احتراز عن غصب مال الحربي في دار الحرب.

وقوله: عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ، أي: يد المالك، هذا الحدُّ على قول علمائنا، فعلى هذا الحد تخرج مسائل أصحابنا:

منها: أن الرجل إذا غصب الحمار، ومع الحمار جحش، فأكل الذئبُ الجحشَ هل يضمن الجحش أم لا؟ فالجوابُ فيه: أنه إن لم يتعرض للجحش بشيءٍ غير أنه لمَّا ساق الأم انساق الحجش معها ذاهبًا أو جائيًا فلا ضمان عليه، وإن كان حين ساق الحمار ساقَ معه

حَتَّى كَانَ اسْتِخْدَامُ العَبْدِ وَحَمْلُ الدَّابَّةِ غَصْبًا دُونَ الجُلُوسِ عَلَى البِسَاطِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مَعَ العِلْمِ فَحُكْمُهُ المَأْثَمُ وَالمَغْرَمُ، وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ

الجحش فهو ضامن لقيمة الجحش لوجود النقل في الثاني دون الأول.

ومنها: أنه لو منع أصحاب المواشي عن المواشي حتى ضاعت فلا ضمانَ عليه، وكذا قالوا: فيمن أخرج صاحب الدار عن داره، وحال بينه وبين سكناها حتى انهدم منها شيء فلا ضمان عليه.

ومنها: ما ذكره في «النوادر»: أنه إذا أمسك رجلًا حتى أخذت صرته رجلًا فلا يضمن الممسِك شيئًا، وكذلك لو حبس رجلًا حتى ضاع ماله لم يضمن، ولو حبس المال عن المالك ضمن، كذا في «فتاوى صدر الإسلام»، و«الفصول» للأستروشني رحمهما الله.

وذكر مسألة في أوائل غصب «فتاوى قاضي خان» تخالف لهذا الأصل، وكذا أيضًا ذكرها في «الذخيرة» وقال: رجل غصب عجولًا فاستهلكه ويبس لبنُ أمه، قال أبو بكر البلخي رحمه الله: يَضمن الغاصب قيمة العجول ونقصان الأم، حيث أوجب نقصان الأم وإن لم يفعل الغاصب في الأم فعلًا يُزيل يد المالك، وهذا كله على أصل علمائنا رحمهم الله.

وأمَّا على قول الشافعي رحمه الله فإزالة يد المالك عن المغصوب ليس بشرط، بل إثبات يد العدوان عليه كافٍ لتحقق الغصب، وتظهر ثمرة الاختلاف في زوائد المغصوب، مثل ولد المغصوبة، وثمرة البستان، فإنَّها ليست بمضمونة عندنا، لانعدام حدِّ الغصب الذي ذكر، وعند الشافعي رحمه الله مضمونة لوجود حدِّ الغصب عنده؛ فإن حد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بدون إذن المالك، وعندنا حد الغصب إزالة المال عن المالك بإثبات اليد عليه، كذا ذكر هذين الحدين في «الإيضاح».

فإن قلتَ: لم لا تقول: بأن الحد الذي ذكره الشافعي رحمه الله وهو إثبات اليد على مال الغير بدون إذن المالك من غير اشتراط إزالة يد المالك، هو حد الغصب عند محمد رحمه الله أيضًا، ولهذا اتفق محمد والشافعي رحمهما الله في تحقق غصب العقار، خلافًا لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في القول الأخير لوجود حد الغصب عند محمد والشافعي

فَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصْدِهِ وَلا إِثْمَ؛ لِأَنَّ الخَطَأَ مَوْضُوعٌ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا لَهُ مِثْلٌ كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ)، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ، وَلا تَفَاوُتَ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا لِأَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثْلُ

رحمهما الله، كما هو المكتوب في بعض حواشي الكتاب، حيث كتبوا الغصبَ عندنا إثبات اليد المبطلة مع إزالة اليد المحقَّة خلافًا لمحمد والشافعي رحمهما الله، فإن عندهما إزالة اليد المحقة ليس بشرط.

قلتُ: لا كذلك، فإن محمد رحمه الله ساعدهما في أن حد الغصب هو إزالة المال عن يد المالك بإثبات اليد عليه، غير أن له عُذرًا في تحقق الغصب في العقار، لا أنه لا يشترط في حد الغصب إزالة يد المالك، والدليل على هذا ما ذكره في «الإيضاح» بقوله مطلقًا: وعندنا حد الغصب إزالة المال عن يد الغاصب على ما ذكرنا؛ ولأن حد الغصب لو كان عند محمد رحمه الله كما هو حده عند الشافعي رحمه الله لقال بضمان زوائد المغصوب كما قاله الشافعي، ولم يقل محمد رحمه الله بذلك، علم أنه يشترط في حد الغصب إزالة يد المالك كما هو مذهبهما، وأمَّا عُذره في تحقق الغصب في العقار عنده مع أن إزالة المال عن يد المالك شرط عنده فيما ذكره في «المبسوط» في تعليل قوله في العقار بقوله:

ومحمَّد رحمه الله يقول: العقار يُضمن بالعقد الجائز والفاسد، فيُضمن بالغصب كالمقتول، وتحقيقه أن وجوب ضمان الغصب يعتمد بقيمة تفويت يد المالك، وذلك فيما يتأتى ذلك فيه، فأمَّا فيما لا يتأتى فيُقام غيره مقامه لإثبات الحكم، وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى، وإخراج المالك عنه إلى آخره، ونذكر تمامه في تلك المسألة إن شاء الله تعالى، فعُلِم بهذا أن محمدًا يشترط إزالة يد المالك في غصب المنقول، فأمَّا في حق غير المنقول يقيم الاستيلاء مقام الإزالة للضرورة، لا أنه لا يشترط، ولو لم يكن كتابي هذا إلا لتقويم ما أعوج من الحواشي المنقولة، وتسديد ما استعير من الحوالات المتحولة، لكفى به أن يرغب، ومن أباعه أن يُطلب.

قوله: وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي: نسخ القدوري.

لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلِأَنَّ المِثْلَ أَعْدَلُ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ الجِنْسِ وَالمَالِيَّةِ فَكَانَ أَدْفَعَ لِلضَّرَرِ. قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى مِثْلِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ يَخْتَصِمُونَ) وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَوْمَ الغَصْبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَوْمَ الِانْقِطَاعِ)،

قوله: وَلِأَنَّ المِثْلَ أَعْدَلُ، أي: ولأن المثل صورةً ومعنًى أعدل، وهذا من ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات، وأمَّا في ذوات القيم كالحيوانات فليس المثل صورةً ومعنًى بأعدل، بل الأعدل فيها المالية والقيمة عند عامَّة العلماء خلافًا لأهل المدينة، فإن عندهم في استهلاك الحيوان مثله من جنسه معدلًا بالقيمة، كالشاة للشاة على ما يجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ الجِنْسِ وَالمَالِيَّةِ؛ لأن الحنطة مثلًا مثلُ الحنطة، ومالية الحنطة المؤدَّاة مثل مالية الحنطة المغصوبة؛ لأن الجودة والردأة ساقطة العبرة في الأموال الربوية، وإذا كان كذلك كان في غصب المكيل رد مكيل مثله في الجنسية، والمالية أقوى من مجرد المالية بضمان القيمة، وحاصل ذلك أن على الغاصب وجوب رد عين المغصوب لو أمكن، وإلا فالمثل صورةً ومعنًى لو كان من ذوات الأمثال، وإلا فالقيمة.

وكشف هذا المعنى في «المبسوط» وقال: فعلى المفوِّت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه، وأتم وجوهه رد العين عليه، ففيه إعادة العين إلى يده كما كانت، فهو الواجب الأصلي لا يُصار إلى غيره إلا عند العجز عنه، فإن عجزَ عن ذلك بهلاكه في يده بفعله، أو بغير فعله فعليه ضمان المثل؛ جُبْرانًا لما فوَّت على صاحبه؛ لأن تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك.

ثم الملك نوعان: كامل وقاصر، فالكامل هو المثل صورةً ومعنًى، والقاصر هو المثل معنًى، أي: في صفة المالكية، فيكون الواجب عليه المثل التام إلا إذا عجزَ عن ذلك، فحينئذٍ يكون الملك القاصر خلفًا عن المثل التَّام في كونه واجبًا عليه، وبيان هذا أن المغصوب إذا

لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَ الْتَحَقَ بِمَا لا مِثْلَ لَهُ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْعِقَادِ السَّبَبِ إذْ هُوَ المُوجِبُ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الوَاجِبَ المِثْلُ فِي الذِّمَّةِ. وَإِنَّمَا يُنْتَقَلُ إلَى القِيمَةِ

كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه رد المثل عندنا، وقال نُفاة القياس: عليه رد القيمة؛ لأنه تعذر إيصال العين إليه فيجبُ إيصال المالية، ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية، ومالية الشيء عبارة عن قيمته.

ولكنا نقول: الواجب هو المثل، قال الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجاز، وقد ثبتَ في النص أن هذه الأموال أمثال متساوية، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل»؛ ولأن المقصود هو الجبران وذلك في المثل أتم؛ لأن فيه مراعاة الجنس والمالية، وفي القيمة مراعاة المالية فقط، فكان إيجاب المثل أعدل، إلا إذا تعذَّر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس، فحينئذٍ يصار إلى المثل القاصر.

قوله: لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، فإن قلتَ: لم قدَّم قول أبي يوسف رحمه الله في التعليل، ولم يُوسِّط كما هو حقه؟

قلتُ: يحتمل أن يكون ذلك لوجهين:

أحدهما: أن يكون المختار قوله لقوة دليله؛ إذ فيه إثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب؛ لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب، فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب.

والثاني: لإثبات الأقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الأفعال، فإن أول الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب، ثمَّ يوم الانقطاع، ثمَّ يوم الخصومة، فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يتأتَّ إلا بتقديم قول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله تعالى.

قوله: فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْعِقَادِ السَّبَبِ؛ وذلك لأن الخلف إنما يجب بالسبب الذي يجب به الأصل، وذلك الغصب، فتُعتبر قيمته يوم الغصب، ومحمد رحمه الله يقول: أصل

بِالِانْقِطَاعِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الِانْقِطَاعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ النَّقْلَ لا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ، وَلِهَذَا لَوْ صَبَرَ إِلَى أَنْ يُوجَدَ جِنْسُهُ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ بِقَضَاءِ القَاضِي فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الخُصُومَةِ وَالقَضَاءِ بِخِلَافِ مَا لا مِثْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالقِيمَةِ بِأَصْلِ السَّبَبِ كَمَا وُجِدَ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ عِنْدَ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَمَا لا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصَبَهُ)،

الغصب أوْجَب المثل خلفًا عن رد العين، وصار ذلك دينًا في ذمته فلا يوجب القيمة أيضًا؛ لأن السبب الواحد لا يوجب ضمانين، ولكن المصير إلى القيمة للعجز عن أداء المثل، وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس فتُعتبر قيمته بآخر يوم كان موجودًا فيه فانقطع.

قوله: فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الخُصُومَةِ وَالقَضَاءِ، كما في ولد المغرور، ثم حد الانقطاع هو ما ذكره في باب السلم من بيوع «الذخيرة» فقال: حد الانقطاع ما ذكره الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله: أن لا يوجد في السوق الذي يُباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، وعلى هذا انقطاع الدراهم.

قوله: وَمَا لا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، هذا غير مُجرًى على حقيقته من عدم المثل أصلًا، بل المراد منه والشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه؛ لأن المثل الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وحده.

قوله: فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصَبَهُ، أي: عند تعذر رد العين، وهذا عندنا خلافًا لأهل المدينة.

وفي «المبسوط»: وإن كان المغصوب من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب، فالواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر ردِّ العين، وقال أهل المدينة: الواجب هو المثل؛ لحديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «كنتُ في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب، فأُتِي بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه، فضربت عائشةُ القصعةَ بيدها فانكسرت، فجعل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم يأكل من الأرض ويقول: غارت أمُّكم، غارت أمُّكم، ثمَّ جاءت عائشة بقصعةٍ مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك

مَعْنَاهُ العَدَدِيَّاتُ المُتَفَاوِتَةُ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ مُرَاعَاةُ الحَقِّ فِي الجِنْسِ فَيُرَاعَى فِي المَالِيَّةِ وَحْدَهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ. أَمَّا العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ فَهُوَ كَالمَكِيلِ حَتَّى يَجِبَ مِثْلُهُ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَفِي البُرِّ المَخْلُوطِ بِالشَّعِيرِ القِيمَةُ؛ لِأَنَّهُ لا مِثْلَ لَهُ. قَالَ: (وَعَلَى الغَاصِبِ رَدُّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ) مَعْنَاهُ مَا دَامَ قَائِمًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا يَحِلُّ

رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم»، وقال علي رضي الله عنه في المغرور: «يُفَكُّ الغلام بالغلام والجارية بالجارية».

ولكنا نحتج بحديث معروف عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال في عبد بين شريكين يعتقه أحدهما: «فإن كان موسرًا ضمن قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسرًا يسعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه»، وهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما لا مثل له.

وتأويل حديث أنس رضي الله عنه أن الرد كان على طريق المروة، ومكارم الأخلاق، لا على طريق أداء الواجب، فكانت القصعتان لرسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، ومعنى قول علي رضي الله عنه: «يُفَكُّ الغلام»، أي: بقيمة الغلام؛ لأنه قد صحَّ عن عُمر وعليٍّ رضي الله عنهما أنَّهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة.

قوله: مَعْنَاهُ العَدَدِيَّاتُ المُتَفَاوِتَةُ، كالبطيخ والرمان.

قوله: أَمَّا العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ - فكالجوز والبيض والفلوس - فَهُوَ كَالمَكِيلِ، وإنما قيَّد به ولم يقل: كالمكيل والموزون؛ لأن من الموزونات ما ليس بمثليٍّ، وهو الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمِصُوغ من القُمْقُم والطَّشت.

وذكر في «المغني»، و«الذخيرة»: ثم أن مشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبزَّر - بتقديم الزاى - والدُّهن المربَّى، فقالوا: بضمان القيمة فيهما؛ لأن الناطف يتفاوت بتفاوت المُبزَّر، وكذلك الدُّهن المربَّى.

لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَ أَخِيهِ لاعِبًا وَلا جَادًّا، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيَرُدَّهُ عَلَيْهِ» وَلِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ فَيَجِبُ إِعَادَتُهَا بِالرَّدِّ إِلَيْهِ،

ثم ما ذكره: أَنَّ العَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ كَالمَكِيلِ حَتَّى يَجِبَ فِيْهِ مِثْلُهُ، فهو مذهبنا، خلافًا لزفر رحمه الله، فإن عنده يجب فيه القيمة لا المثل، وهو بناء على الاختلاف المذكور في جواز السلم فيه عددًا، ثم أن زفر رحمه الله يقول: المثل فيما يُؤدَّى به الضمان منصوص على اعتباره، والمماثلة في العدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد، ولهذا لا يجري فيها الربا؛ لأنَّها ليست بأمثال متساوية قطعًا، فيُصار إلى القيمة لتعذر أداء المثل قطعًا.

ولكنا نقول: المماثلة في آحاد هذه الأشياء ثابتة بالعرف، فهي كالثابتة بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المغصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: لاعِبًا وَلا جَادًّا، فرواية «الفائق»، و«المصابيح» بدون ذكر حرف العطف والنفي، والمذكور في «الفائق»: «لا يأخذنَّ أحدكم متاع أخيه لاعبًا جادًّا»، هو أن لا يريد بأخذه سرقته، ولكن إدخال الغيظ على أخيه، فهو لاعبٌ في مذهب السرقة، جادٌّ في إدخال الأذى عليه، أو هو قاصد للعب وهو يريه أنه يجد في ذلك ليغيظه، وفي موضع آخر وهو يريه أنه لاعب على تقدير شعور المسروق منه، ويقصد السرقة على تقدير عدم الشعور.

قوله: وَلِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ، والدليل على كونها مقصودة جواز الكتابة، وإذن العبد في التجارة؛ لأن المكاتَب ليس بنائب عن غيره في التصرف، وهو ليس بمالك لرقبة ما في يده لقيام الرِّق عليه، وليس في مباشرته حكم سوى التصرف باليد، ولو لم يكن هذا مقصودًا لكان الشراء الذي هو وسيلة للحكم المقصود خاليًا عن حكمه، والتصرفات الشرعية لا تراد لعينها بل لحكمها، ألا ترى أن أسباب العبادات لمَّا لم تُوجب حكمها الذي هو الابتلاء في حق الصبي والمجنون لم تنعقد أسبابًا في حقهما، وكذلك العبد المأذون خصوصًا فيما إذا تصرف بعد كونه مديونًا؛ إذ ليس فيه شائبة كونه نائبًا عن المولى، فتصرفه بالبيع والشراء جائز، مع أنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد، على ما ذكرنا في أوائل المأذون من «المبسوط».

وكذلك الضمان في غصب المدبر ليس إلا لتفويت اليد، فعُلِم بهذا أن اليد حق مقصود.

وَهُوَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ القِيمَةِ مُخَلِّصٌ خَلَفًا؛ لِأَنَّهُ قَاصِرٌ، إِذِ الكَمَالُ فِي رَدِّ العَيْنِ وَالمَالِيَّةِ. وَقِيلَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِّصٌ، وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الأَحْكَامِ (وَالوَاجِبُ الرَّدُّ فِي المَكَانِ الَّذِي غَصَبَهُ) لِتَفَاوُتِ القِيَمِ بِتَفَاوُتِ الأَمَاكِنِ (فَإِنِ ادَّعَى هَلَاكَهَا حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأَظْهَرَهَا ثُمَّ قَضَى عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ رَدُّ العَيْنِ وَالهَلَاكُ بِعَارِضٍ، فَهُوَ

قوله: وَهُوَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ، أي: رد عين المغصوب هو الموجب الأصلي.

قوله: وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الأَحْكَامِ، وهي ما إذا أُبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين ببراءٍ، حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه، ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في هذه الحال ثابتًا لما صحَّ الإبراء؛ لأن الإبراء عن العين لا يصح.

ومنها: صحة الكفالة ، مع أن الكفالة لا تصح بالعين بل بالدين.

ومنها: عدم وجوب الزكاة، فإن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئًا وهو قائمٌ في يده، فلا تجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب عليه، هذا حاصل ما وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: فَإِنِ ادَّعَى هَلَاكَهَا حَبَسَهُ الحَاكِمُ، إلى آخره، وفي «المبسوط»: رجل غصب من رجل جارية فغيَّبها فأقام المغصوب منه البينة أنه قد غصب جارية له، فإنه يُحبس حتى يجيء بها ويردها على صاحبها، وكان أبو بكر الأعمش رحمه الله يقول: تأويل هذه المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك؛ لأن الثابت من إقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة، فأمَّا الشهادة على فعل الغصب فلا تُقبل مع جهالة المغصوب؛ لأن المقصود إثبات الملك للمدعي في المغصوب، ولا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول، فلا بدَّ من الإشارة إلى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة، ولكن الأصح أن هذه الدعوى والشهادة صحيحة لأجل الضرورة، فإن الغاصب يكون ممتنعًا من إحضار المغصوب عادةً، وحين يغصب فإنما يتأتَّى

يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا خِلَافَ الظَّاهِرِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ كَمَا إِذَا ادَّعَى الإِفْلَاسَ وَعَلَيْهِ ثَمَنُ مَتَاعٍ فَيُحْبَسُ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ مَا يَدَّعِيهِ، فَإِذَا عَلِمَ الهَلَاكَ سَقَطَ عَنْهُ رَدُّهُ فَيَلْزَمُهُ رَدُّ بَدَلِهِ وَهُوَ القِيمَةُ.

قَالَ: (وَالغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ)؛ لِأَنَّ الغَصْبَ بِحَقِيقَتِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ؛

من الشهود معاينة فعل الغصب، دون العلم بأوصاف المغصوب، فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعذر، ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم، فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته بإقراره فيُحبس حتى يجيء به، فإن قال الغاصب: قد ماتت، أو بعتُها ولا أقدر عليها، تلوّم القاضي في ذلك زمانًا، ولم يُعجِّل بالقضاء بالقيمة؛ لأن بقضائه يتحول الحق من العين إلى القيمة، وفيه نوع ضرر على صاحبها، فعين الملك مقصودة لصاحبها كماليته، وربما يتعلل الغاصب بذلك لتُسلم العين له عند أداء القيمة فلهذا لا يُعجل بالقضاء بها، وليس لمدة التلوم مقدار، بل ذلك موكولٌ إلى رأي القاضي؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له.

وأمَّا إذا رضى بذلك أو تلوَّم القاضي فلم يقدر على الجارية، فإن اتفقا على قيمتها على شيء، أو أقام المغصوب منه البينة على ما يدَّعي من قيمتها قضى القاضي بذلك.

وفي «الذخيرة»: ذكر في السير أن الغاصب إذا غصب المغصوب، فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوُّم، وذكر في غصب «الأصل»: إذا غيَّب المغصوب فالقاضي يتلوم يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر المغصوب، فقيل: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر في السير جواب الجواز، معناه: أن القاضي إذا قضى بالقيمة في الحال ولم يتلوم يجوز، وما ذكر في الغصب جواب الأفضل، يعني: الأفضل أن يتلوم يومين أو ثلاثة، وقيل: في المسألة روايتان.

وقوله: وَالغَصْبُ، مبتدأ، **وقوله: فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ**، خبره، أي: الغصب ثابت، أو متحقق فيما يُنقل ويُحول، والدليل على ما ذكره بعده **بقوله: لِأَنَّ الغَصْبَ بِحَقِيقَتِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ**.

لِأَنَّ إِزَالَةَ اليَدِ بِالنَّقْلِ.

(وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَضْمَنُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لِتَحَقُّقِ إِثْبَاتِ اليَدِ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ المَالِكِ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ اليَدَيْنِ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ فَيَتَحَقَّقُ الوَصْفَانِ وَهُوَ الغَصْبُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالمَنْقُولِ،

قوله: وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا، والعقار: الضيعةُ، وقيل: كل مالٍ له أصلٌ، كالدار والضيعة، كذا في «المغرب».

وقوله: وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ المَالِكِ، وهذا العذر إنَّما يحتاج إليه لتعليل قول محمد رحمه الله، لا لتعليل قول الشافعي رحمه الله؛ فإن الشافعي يقول: يتحقق الغصب وإن لم يكن فيه إزالة يد المالك، وقد ذكرناه.

قوله: لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ اليَدَيْنِ، أي: من جنس واحد وهو يد الانتفاع والارتفاق، هكذا قيَّد به في «الإيضاح»، وهذا احتراز عمَّن آجر داره من رجل، فإن عين المستأجَر في يد المستأجِر حقيقةً، وفي يد المؤاجر حكماً، وهما يدان مختلفتان، ثم هاهنا في العقار كانت يد المالك عليه ملكاً وانتفاعًا، فلمَّا أثبت الغاصب يده فيه انتفاعاً زالت يد المالك من حيث الانتفاع لا محالة.

وقال في «الإيضاح»: ومحمد رحمه الله يعتبر معنى إزالة اليد لتحقيق الغصب، وقد وجد هاهنا؛ لأن الإزالة تُعتبر من الوجه الذي بينا، والمحل كان في يده انتفاعاً وارتفاقاً به، وقد زالت تلك اليد بحدوث يد أخرى مثلها؛ لأنه لا يتصور اجتماع اليدين من جنسٍ واحدٍ في محل واحدٍ، وإذا انتفت يد المالك بإثبات يده على المحل يجب الضمان.

قوله: فَيَتَحَقَّقُ الوَصْفَانِ - وهما إزالة يد المالك، وإثبات يد الغاصب - وَهُوَ الغَصْبُ، أي: تحقق هذين الوصفين هو الغصب بعينه.

وَجُحُودِ الوَدِيعَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ بِإِزَالَةِ يَدِ المَالِكِ بِفِعْلٍ فِي العَيْنِ، وَهَذَا لا يُتَصَوَّرُ فِي العَقَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَالِكِ لا تَزُولُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهِ عَنْهَا، وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ لا فِي العَقَارِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ المَالِكُ عَنِ المَوَاشِي. وَفِي المَنْقُولِ: النَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ وَهُوَ الغَصْبُ.

قوله: وَجُحُودِ الوَدِيعَةِ، أي: في العقار، يعني: إذا كان العقار وديعة في يده فجحده كان ضامنًا بالاتفاق، فكذا بالغصب على ما يجيء.

قوله: وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ - أي: والإخراج فعل في المالك - لا فِي العَقَارِ - فلا يكون غصبًا - فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ المَالِكُ عَنِ المَوَاشِي، فإن ذلك لا يكون غصباً للمواشي، حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يَضمن، كذا في «المبسوط».

قوله: وَفِي المَنْقُولِ: النَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ - أي: في ذلك المنقول - وَهُوَ الغَصْبُ، أي: الفعل في المغصوب بالنقل هو الغصب؛ لأن بذلك يتحقق إزالة يد المالك عن ذلك المنقول، وإثبات يد الغاصب فيه، فيتحقق الغصب فيه مع أن هذين الوصفين يعني: إزالة يد المالك، وإثبات يد الغاصب لو اجتمعا في المغصوب، فأعظمهما تأثيرًا في الغصب وصف الإزالة لا وصف الإثبات، بدليل أن الإزالة لو تجرَّدت عن الإثبات تصلح سببًا للضمان لا في العكس.

وبيان ذلك: أن من كان في يده دُرَّةٌ فضرب غيره على يده فألقاها في البحر، فإنه يجب الضمان على الضارب وقد عدم إثبات اليد، ولو تجرَّد الإثبات عن الإزالة لم يصلح سببًا للضمان، كما إذا وضعَ يده على مال الغير من غير إزالة عن مكانه، فلا يجب الضمان على الواضع؛ لأن التعدِّي إنما يحصل بالإزالة، فإن محمدًا رحمه الله إنما يقول بالضمان بإثبات اليد في العقار إذا كان ذلك الإثبات على طريق الاستيلاء، حتى أنَّ من دخل دار رجل بغير إذنه فسقطَ منها عليه حائط لم يضمن بالاتفاق، ذكره في «المبسوط».

ولـمَّا كان كذلك إذا اجتمع هذان الوصفان في المنقول، يجب أن يُحال حكم الغصب

وَمَسْأَلَةُ الجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ، وَلَوْ سُلِّمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بِتَرْكِ الحِفْظِ المُلْتَزَمِ،

على ما هو أكثر تأثيرًا في سبب الضمان وهو الإزالة، لا على ما هو أقل تأثيرًا وهو الإثبات، ثم يحتمل هذا الذي ذكره، وهو أن الغصب إنما يتحقق في المنقول بالنقل، ولا يتحقق بدون النقل فيما إذا لم يتصرف فيه تصرف الملاك بأن وضع يده.

وأمَّا إذا تصرَّف فيه تصرُّف الملاك يكون غاصبًا بدون النقل عن مكانه؛ لأن ذكر في «الذخيرة»، و«المغني»: أنه إذا ركب دابَّة رجل حال غيبته بغير أمره ثم نزل عنها وتركها في مكانه، ذكر في آخر كتاب اللُّقطة أن عليه الضمان، وذكر الناطفي رحمه الله في «واقعاته» فيه اختلاف الروايات ثم قال: والصحيح أنه لا يضمن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنَّ غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل، ولكن ذكر في «الأسرار» فيه بالضمان على ما يجيء.

قوله: وَمَسْأَلَةُ الجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ؛ لأنه ذكر في «المُختلفات»: أن الوديعة لو كانت عقارًا لا يضمن وإن جحد، وإن كانت منقولًا يضمن.

وذكر في «المبسوط»: والأصح أن يقول: جحود الوديعة بمنزلة الغصب، فلا يكون موجبًا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

قوله: وَلَوْ سُلِّمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بِتَرْكِ الحِفْظِ المُلْتَزَمِ، أو لقصر يد صاحبه بالجحود؛ لأن صاحبه لا يتوصل إلى الوديعة بعد جحوده، حتى إذا كانت الوديعة بساطًا لم ينقله وجلس عليه جاحدًا للوديعة لم يضمن؛ لأنه متى كان ظاهرًا لم تصر يد صاحبه مقصورة بالجحود بنفسه، كذا في «الأسرار».

فإن قلتَ: لو احتجَّ محمد والشافعي رحمهما الله بالدليل السمعي والحكم الشرعي، أمَّا السمعي: فهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من غصب شبْرًا من أرض طوَّقه الله تعالى يوم القيمة من سبع أرضين»، فقد أطلق لفظ الغصب على العقار، وكذلك إطلاق قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «على اليد ما أخذت» دليل على ما قلنا؛ لأنه لا تقييد فيه بالمنقول.

وأمَّا الحكم الشرعي: فهو ما ذكر في «الزيادات»: أنه إذا وهب لرجل دارًا بما فيها من الأمتعة فهلكت الأمتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استُحقَّت، فللمستحق أن يضمن

وَبِالجُحُودِ تَارِكٌ لِذَلِكَ.

الموهوب له مع أن الموهوب له لم يُزل الأمتعة من يد المالك، فعُلِم بِهذا أن إزالة يد المالك ليست بشرط في الغصب والضمان، وكذلك إذا ركب دابة غيره ولم ينقلها حتى تَلِفَتْ يضمن الراكب مع عدم النقل.

ولأن الاستيلاء على مال الغير هو الأصل في التملُّك، لا إزالة يد المالك فكذلك في الغصب، ألا ترى أنا نملك أراضي أهل الحرب بأيدينا المستولية على الأراضي، لا بالاستيلاء على الملاك، حتى إذا فرَّ الملاك ولم يُسترقوا نملك أراضيهم.

ولأن الرواية منصوصة في كتاب الرجوع عن الشهادات: أن الشهود إذا شهدوا بدار لإنسان وقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه، فلا تكون شهادهم أقوى من الغصب، فلمَّا ضمنوا العقار بالشهادة الكاذبة ينبغي أن يَضمن الغاصب أيضاً بالغصب؛ لأن كل واحد منهما سبب للضمان، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الحديث الأول، فإن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم بيَّن جزاء غاصب العقار بالوعيد في الآخرة، ولم يذكر الضمان في الدنيا، وذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه، ولو كان الضمان واجبًا لكان الواجب عليه أن يبيّن الضمان؛ لأن الحاجة إليه أمس، فمن زاد عليه الضمان كان فسخًا، وذا لا يجوز بالقياس، وإطلاق لفظة الغصب عليه لا يدل على أن تحقق الغصب فيه موجبًا للضمان؛ لأن في لسان الشرع حقيقةً ومجازًا، ألا ترى أنه أطلق لفظة البيع على الحرِّ بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من باع حرًّا»، وهذا لا يدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقةً يتصور في الحر.

على أنا نقول: يتحقق أصل الغصب في العقار، ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق؛ لأنه ممَّا لا يُنقل ولا يتحول؛ لأن الضمان إنما يجب جبرانًا للفائت من يد المالك، ولا يتحقق تفويت اليد بدون النقل؛ لأن يد المالك متى كانت ثابتة على ماله في مكانٍ تبقى ما بقي المال في ذلك المكان حكماً.

وكذلك في الحديث الثاني لفظ الأخذ مجاز؛ لأن الأخذ حقيقةً غير متصور في العقار؛

قَالَ: (وَمَا نَقَصَهُ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَالعَقَارُ يُضْمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ تُرَابَهُ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ فِي العَيْنِ وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ إِذَا انْهَدَمَتِ

لأن حد الأخذ أن يصير المأخوذ تبعًا ليده؛ لأنه مفعول فيه، فكان هو منصرفًا إلى المنقول ضرورة ليعمل بالأخذ على حقيقته.

وأمَّا مسألة «الزيادات» فقيل: ذلك الجواب غير مستقيم على أصل محمد رحمه الله أيضًا؛ لأنه وافقنا على أنه لا يضمنه بدون النقل، ثم العُذر فيه أن الواهب نقلت يده إلى الموهوب له، ويد الواهب في الأمتعة كانت مُفوِّتة ليد المالك فانتقلت بصفتها إلى الموهوب له.

وأمَّا الضمان في مسألة الدابة إذا ركبها من غير نقل، فإن ذلك الضمان ضمان إتلاف لا ضمان غصب، ألا ترى أنه لو ركب حرًّا فتلف تحته ضَمِن، وحد الإتلاف ليس في النقل؛ ولأن الراكب بنفس الركوب يقصر يد صاحبها بصيرورة الدابة تبعًا للراكب قيامًا أو سيرًا بالركوب، بخلاف الأرض؛ فإنَّها لا تصير تبعًا للمتصرف بمجرد الدخول، ألا ترى أن الرَّاكب يضمن وإن ركب خوفًا ولم يقصد الغصب والاستيلاء كاللُّبس، بخلاف الدار؛ فإنه إذا دخل دار إنسان ملتجئًا من حَرٍّ أو بردٍ لا يصير غاصبًا بالاتفاق.

وأمَّا الجواب عن استيلاء دار الحرب فقلنا: إن الاستيلاء الموجب للملك لا يدل على أنه موجب للضمان لوجود الفرق بينهما، ألا ترى أن مجرَّد عقد البيع موجبٌ للملك، وهو ليس بموجب للضمان ما لم يوجد النقل والتسليم.

وأمَّا الجواب عن مسألة الشهادة فيجيء بُعيد هذا، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَالعَقَارُ يُضْمَنُ بِهِ، أي: بالإتلاف.

قوله: وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ، أي: قال القدوري في «مختصره» وهو **قوله: مَا نَقَصَهُ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ.**

وقوله: إِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ، بأن كان عمله الحِدادة والقِصارة، فوَهَى

الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ، فَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا وَأَقَرَّ بِذَلِكَ وَالمُشْتَرِي يُنْكِرُ غَصْبَ البَائِعِ وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ فَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الغَصْبِ،

جدار الدار بسبب القصارة فانهدم كان مضموناً عليه، وإنَّما قيَّد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان؛ لأنه إذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقول أبي يوسف رحمه الله الآخر؛ لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما، والحكم ينبني على السبب، كذا في غصب «المبسوط».

قوله: وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ، إنما قيَّد به؛ لأنه لو كان له بيِّنة لا يضمن البائع بالاتفاق؛ لأنه يمكن أن يقيم البينة على أنَّها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري.

قوله: فَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الغَصْبِ، أي: لا يضمن البائع بالبيع والتسليم عندهما خلافاً لمحمد رحمهم الله؛ لأن البيع والتسليم من البائع غصب، والغصبُ في العقار غير موجب للضَّمان عندهما.

وذكر في «المبسوط»: وإن كان الغاصب للدار باعها وسلَّمها ثم أقرَّ بذلك، وليس لرب الدار بيِّنة فإقراره في حق المشتري باطل؛ لأن المشتري صار مالكاً بالشراء من حيث الظاهر، فلا يُقبل قول البائع في إبطال ملكه، ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر؛ لأنه مقرّ على نفسه بالغصب، فإن البيع والتسليم غصب، والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار سواءٌ كان بالقول أو بالفعل.

فإن قلتَ: يُشكل على هذا مسألة الشهادة التي مرت، وهي أن الشهود إذا شهدوا بدار لإنسان وقضى القاضي بها، ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق، ولم يضمن البائع بالبيع والتسليم عندهما، فما الفرق بينهما؟ مع أن الإتلاف بالقول شامل في الصورتين.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الإتلاف في مسألة الشهادة يتحقق على وجه لا يمكن نقضه؛ لأن من صار مقضيًّا عليه في حادثة لا يصير مقضيًّا له في تلك الحادثة، وفي البيع لم يتحقق على هذا الوجه.

هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الْبَعْضَ،

وذكر في «المبسوط»: أن مسألة الشهادة على قول محمد رحمه الله، وقيل: بل على قولهم جميعًا، ثم قال: والفرق بين الفصلين لهما أن هناك - أي: في مسألة الشهادة - إتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهما، حتّى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته، والعقار يُضمن بالإتلاف، وهاهنا - أي: في البيع - إتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم، بل بعجز المالك عن إثبات ملكه ببينته، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنّها ملكه قُضى له بها، فلهذا لا يكون الغاصب ضامنًا، وكذلك الأصح في جحود الوديعة لا يكون ضامنًا عندهما، خلافًا لمحمد رحمه الله، وقد مرَّ.

وقوله: هُوَ الصَّحِيحُ، يحتمل أن يكون احترازًا عن قول بعضهم: بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق، ولكن لم يرد ذلك القول في «المبسوط»، و«الإيضاح»، بل ذكر اختلاف الرواية في مسألة البيع والتسليم.

قوله: وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ، - أي: وإذا انتقص الأرضُ، بتأويل العقار أو المغصوب - يَغْرَمُ النُّقْصَانَ، واختلفوا في تأويل نقصان الأرض، قال نصر بن يحيى رحمه الله في نقصان الأرض: أنه يُنظر بكم تُستأجر هذه الأرض قبل استعمالها؟ وبكم تُستأجر بعد استعمالها؟ فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض، وقال محمد بن سلمة رحمه الله: يُنظر بكم تُشترى قبل استعمالها؟ وبكم تُشترى بعد استعمالها؟ فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض، قيل رجع محمد بن سلمة إلى قول نصر رحمهما الله، كذا في الفصل الثالث من مزارعة «التَّتِمَّة».

وفيه أيضًا: أن من زرع أرض الغير بغير إذنه وبغير عقد مزارعة، هل لصاحب الأرض أن يطالبه بحصة الأرض؟ قال شيخ الإسلام أبو الحسن رحمه الله: نعم إن كان عُرف أهل تلك القرية أنّهم يزرعون أرض الغير على وجه المزارعة من غير عقد وإذنٍ.

وفي «فتاوى الفقيه أبي الليث» رحمه الله: أن الزرع للزَّارع في هذه الصورة، وعليه نقصان الأرض إن كانت الأرض قد انتقصت بسبب زراعته إلى آخره.

فَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالفَضْلِ. قَالَ: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يَتَصَدَّقُ بِالفَضْلِ) وَسَنَذْكُرُ الوَجْهَ مِنَ الجَانِبَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا هَلَكَ النَّقْلِيُّ فِي يَدِ الغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ) وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ: وَإِذَا هَلَكَ الغَصْبُ وَالمَنْقُولُ هُوَ المُرَادُ لِمَا سَبَقَ أَنَّ الغَصْبَ فِيمَا يُنْقَلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ العَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ. وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ تَجِبُ القِيمَةُ أَوْ يَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ السَّبَبُ وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الغَصْبِ.

(وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ النُّقْصَانَ)؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ جَمِيعُ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصْبِ،

قوله: فَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ، وهو البذر، وقدر ما غَرِم من النقصان.

قوله: وَسَنَذْكُرُ الوَجْهَ مِنَ الجَانِبَيْنِ، أي: في هذا الفصل في مسألة: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ ... وَيَتَصَدَّقُ بِالغَلَّةِ، إلى آخره.

قوله: وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ القِيمَةُ أَوْ يَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ السَّبَبُ، بينهما، أي: تتقرر القيمة، وإنما ردَّد بينهما لاختلاف تخريج المشايخ: أن الرد هو الأصل، والقيمة مُخلِّصٌ، أو على العكس على ما ذكر.

وقوله: وَعِنْدَ العَجْزِ عَنْ رَدِّهِ تَجِبُ القِيمَةُ، هذا على قول من يقول: إن الموجب الأصلي هو رد العين، والقيمة خلف عنه.

وقوله: أَوْ بِتَقَرُّرِ القيمة، على قول من يقول: القيمة هو الأصل ورد العين خلف عنه، فإذا هلك العين تقرّرت القيمة عليه كما كانت واجبة إذا غصبه.

قوله: وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ - أي: المغصوب في يد الغاصب - ضَمِنَ النُّقْصَانَ، هذا إذا لم ينجبر نقصانه بالزيادة بوجه آخر، أمَّا إذا انجبر بها فلا يضمن عندنا؛ فإنه إذا كان المغصوب جاريةً فولدت عند الغاصب ثمَّ ماتَ الولد فعلى الغاصب ردُّ الجارية ونقصان الولادة؛ لأنَّها

فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ، بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ إِذَا رَدَّ فِي مَكَانِ الغَصْبِ؛

دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزءٌ مضمونٌ منها، ولو فاتَ كلها ضَمِنَ الغاصب قيمتها، والجزء معتبر بالكل، وأمَّا إذا كان الولد حيًّا فردَّهما، وفي قيمة الولد وفاءٌ نقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئًا عندنا، وقال زفر رحمه الله: هو ضامن لذلك، كذا في «المبسوط».

ثم ذلك النقصان سواء كان ذلك في بدنه بأن كانت جارية فأعورَّت، أو كانت شابة ثم صارت عنده عجوزًا، أو نَاهِدَة الثديين فانكسر ثديُها، أو لم يكن في بدنه كما لو غصب عبدًا محترفًا فنسي ذلك عند الغاصب، أو كان قارئًا فنسيَ القرآن، ففي هذا كله يضمن النقصان، وهذا الحكم فيما إذا كان النقصان يسيرًا، وأمَّا إذا كان كثيرًا يتخيَّر المالك بين الأخذ والترك مع تضمين جميع قيمته، فإن من أخذَ ثوب غيره فخرقه، إن كان الخرق فاحشًا فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ترك الثوب عليه وضمَّنه جميع قيمة الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وضمَّنه النقصان، وإن كان الخرق يسيرًا كان للمالك تضمين النقصان لا غير.

ثم اختلفوا في الحدِّ الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش على ما يجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ، أي: لا يَضمن الغاصب نقصان قيمة المغصوب إذا كان ذلك النقصان بسبب تراجع للسعر؛ لأن الذات لم تتغير عمَّا كانت، وتغيّر السعر يرجع إلى فتور رغبات الناس دون تغير الذات.

قوله: إِذَا رَدَّ فِي مَكَانِ الغَصْبِ، وإنما قيَّد به؛ لأن تراجع السعر إذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب، فللمالك الخيار بين أخذ القيمة وبين الانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده.

وذكر في «الإيضاح»: ولو غصب منه عَينًا ثم لقيه في بلد آخر والعين في يده، والقيمة في هذا المكان مثل القيمة في مكان الغصب أو أكثر، فللمغصوب منه أن يأخذها ولا يطالب بالقيمة؛ لأنه وصلَ إليه عين حقِّه من غير ضرر وصل إليه، وإن كان السعر في هذا المكان أقلّ

لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ الرَّغَبَاتِ دُونَ فَوْتِ الجُزْءِ، وَبِخِلَافِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ عَقْدٍ. أَمَّا الغَصْبُ فَقَبْضٌ وَالأَوْصَافُ تُضْمَنُ بِالفِعْلِ لا بِالعَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَمُرَادُهُ غَيْرُ الرِّبَوِيِّ، أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّات لا يُمْكِنُهُ تَضْمِينُ

من السعر في مكان الغصب فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء أخذ القيمة في مكان الغصب، وإن شاء انتظر؛ لأنه إذا أخذ العين فقد وصل إليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قِبَل الغاصب، فإن قِيَم الأشياء تزداد وتنتقص باختلاف الأماكن، وهذا الفوات إنما حصل من قِبَل الغاصب، وهو النقل إلى هذا المكان، فكان له أن لا يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة، وله أن ينتظر.

بخلاف ما إذا وجده في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر حيث لا يكون له خيار؛ لأن النقصان ما حصل بفعل مضاف إلى الغاصب، وإنما هو بمعنى راجع إلى فتور رغبات الناس، فلم يضمن.

قوله: وَبِخِلَافِ المَبِيعِ، بالواو معطوف على: بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ، متعلقاً **بقوله**: فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ، أي: بخلاف المبيع في يد البائع إذا نقص شيء من قيمته بسبب فوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه للمشتري، حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف، وإن فحُش النقصان، حتى لو اشترى جارية بمائة فأعورت في يد البائع، فصارت تساوي خمسين أو أقل، كان المشتري مخيّرًا بين إمضاء البيع وفسخه، فلو اختار البيع يجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط، كما ذكر في الكتاب.

قوله: وَمُرَادُهُ، أي: مراد القدوري في **قوله**: وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ النُّقْصَانَ، أي: إذا كان في غير أموال الربا، أمّا إذا كان في أموال الربا فليس للمالك تضمين نقصان الوصف مع استرداد الأصل، لكن له الخيار بين أخذ ماله مع النقصان وبين تركه وتضمين مثله.

وقال في «الإيضاح»: وهذا - أي: تضمين نقصان الوصف مع استرداد الأصل - فيما يجوز له بيعه بجنسه متفاضلًا، فأمّا إذا كان مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلًا نحو: أن يغصبه

النُّقْصَانِ مَعَ اسْتِرْدَادِ الأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا.

حنطة فعَفِنت عنده، أو إناء فضة فانهشمت في يده، أو انكسر الدراهم أو الدنانير، فصاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله.

وفي «المبسوط»: وإن استهلك قُلب فضة فعليه قيمته من الذهب مَصُوغاً عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمته من جنسه بناءً على أصله أن للجودة والصنعة في الأموال الربوية قيمة، وعندنا لا قيمةَ لها عند المقابلة بجنسها، فلو أوْجبنا مثل قيمتها من جنسها أدي إلى الربا، ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة، فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا: يضمن بالقيمة من الذهب مصوغًا، وإن وجده صاحبه مكسورًا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه عاد إليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل، ولا قيمة لها في الأموال الربوية، وله أن يضمِّن الغاصب قيمته مصوغًا من الذهب ويُسلمه إليه، سواء كان النقصان بالكسر يسيرًا أو فاحشاً؛ لأنه لا يتوصل إلى دفع الضرر عن نفسه، وإبقاء حقه في الصنعة إلا بذلك.

وقوله: لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا؛ لأن تضمين النقصان مع استرداد الأصل كان اعتياضاً عن صفة الجودة، والجودة أو الصنعة بانفرادها لا قيمة لها في الأموال الربوية.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ - أي: أجره وأخذ الأجرة - فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ، أي: العمل في الإجارة جعل العبد مهزولاً.

وهذه المسألة بهذا الوضع من مسائل «الجامع الصغير»، وذكر هذه المسألة في «المبسوط» ولم يذكر نقص الغلة ولا خلاف أحد، وقال: رجل غصب عبدًا أو دابةً فأجره فأصاب من غلته فالغلة للغاصب؛ لأن وجوبها بعقده، وفي «الأصل»: قال: قلتُ: ولِمَ لا يكون لصاحب الغلة؟ قال: لأنه كان في ضمان غيره، فكأنه أشار بهذا التعليل إلى قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الخراج بالضمان»، فحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقل دون المالك، ويُؤمر بأن يتصدق بها؛ لأنَّها حصلت له بكسب خبيث ولم يذكر فيه خلاف أحد.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ)؛ لِمَا بَيَّنَّا (وَيَتَصَدَّقُ بِالغَلَّةِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَهَذَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا. وَعِنْدَهُ لا يَتَصَدَّقُ بِالغَلَّةِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أَجَّرَ المُسْتَعِيرُ المُسْتَعَارَ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلْكِهِ. أَمَّا الضَّمَانُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا المِلْكُ؛ لِأَنَّ المَضْمُونَاتِ تُمْلَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا عِنْدَنَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبٍ خَبِيثٍ وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِ الغَيْرِ، وَمَا هَذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، إِذِ الفَرْعُ يَحْصُلُ عَلَى وَصْفِ الأَصْلِ،

قوله: فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ؛ لِمَا بَيَّنَّا، أراد به **قوله:** لِأَنَّهُ يَدْخُلُ جَمِيعُ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالغَصْبِ، فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ، فنقصان وصفه ممَّا تعذر فيه الرد، فوجبَ عليه رد قيمة النقصان.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أَجَّرَ المُسْتَعِيرُ المُسْتَعَارَ، وكذلك المودع إذا تصرف في الوديعة وربح، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يطيب له الربح.

قوله: لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ - أي: أن الربح - حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلْكِهِ، يعني: أن شرط استطابة الربح شيئان: الملك والضمان، وقد وجدا، أمَّا الضمان فلا يشكل؛ لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب، وأمَّا الملك فلأنه يملكه من وقت الغصب إذا ضمن، فصار ككسب المبيع بعد القبض.

ولهما حديث الشاة المصلية وهو معروف؛ ولأن الربح إنَّما يطيب بالملك والضمان، ثم لو وقع الخلل في الضمان لم يطب فكذلك في الملك، وقد وجد الخلل هاهنا في الملك؛ لأن الغصب ليس من أسباب الملك وضعًا، وإنما صار سببًا للملك بطريق الاستناد بالضرورة، فكان ثابتًا من وجه دون وجه، والشُّبهة فيما بُني أمره على الاحتياط مُلحقة بالحقيقة، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَمَا هَذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، كما إذا اشترى جارية بيعًا فاسدًا وتقابضا وباعها

وَالمِلْكُ المُسْتَنِدُ نَاقِصٌ فَلَا يَنْعَدِمُ بِهِ الخَبَثُ.

فربح فيها تصدق بالربح؛ لتمكن الخبث في الربح على ما مرَّ في فصل أحكام البيع الفاسد، وكذلك إذا اكتسب المبيع قبل القبض يلزمه التصدق به، وهنا أوْلَى؛ وذلك لأن عدم الملك فوق عدم الضمان، ولما لم يَطِب له الربح عند عدم الضمان مع وجود الملك، فلأَن لا يطيب له الربح عند عدم الملك بالطريق الأوْلَى.

وأمَّا على قول الشافعي رحمه الله الغاصب إذا آجر المغصوب كان الأجر للمالك، وهي فرع مسألة إتلاف المنافع، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَالمِلْكُ المُسْتَنِدُ نَاقِصٌ؛ لأن الملك ثابت فيه من وجه دون وجه، ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت، فحصل من هذا أن الدراهم الحاصلة للغاصب بسبب استغلال المغصوب ملك الغاصب، حتى لو أتلفها لا ضمان عليه للمغصوب منه؛ لأن هذا الأجر بدل منفعة العبد، فلو استهلك الغاصب منفعة العبد فإن استعمله في عمل من الأعمال لا يَضمن، فكذا إذا استهلك بدلها، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

وهذا الذي ذكر فيما إذا آجره الغاصب، وأمَّا إذا آجر العبد المغصوب نفسه وسلَّم عن العمل صحت الإجارة، فإن أخذ العبد الأجرة وأخذ الغاصب الأجر منه وأتلفه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يجب عليه الضمان وإن كان الأجر قائمًا كان للمالك أخذه بالإجماع.

هما يقولان: إنه أتلف مال الغير من غير تأويل فيجب الضمان، ولا شكَّ أن الأجر مال الغير وهو مولى العبد؛ لأنه كَسْب عبده، وكسب العبد تبع للرقبة فيكون لمالك الرقبة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكسب مال المالك، لكنَّه لا عِصمة له في حق الغاصب بعد الغصب، فأشبه نصاب السرقة بعد القطع؛ وذلك لأن العصمة تثبت بيد حافظة إمَّا بنفسه، أو بيد نائبه، ويد المالك لم تثبت على هذا المال، ويد الغاصب ليست بيد المالك.

فإن قيل: يد العبد يد المَوْلى والكسب في يد العبد، فيصير كأنه في يد المولى.

قلنا: العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونًا عليه، وإذا كان العبد في يد الغاصب لم يكن

(فَلَوْ هَلَكَ العَبْدُ فِي يَدِ الغَاصِبِ حَتَّى ضَمِنَهُ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الضَّمَانِ)؛ لِأَنَّ الخَبَثَ لِأَجَلِ المَالِكِ، وَلِهَذَا لَوْ أَدَّى إلَيْهِ يُبَاحُ لَهُ التَّنَاوُلُ فَيَزُولُ الخَبَثُ بِالأَدَاءِ إلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ المُشْتَرِي ثُمَّ اُسْتُحِقَّ وَغَرِمَهُ

العبد مُحرَّزًا وحافظًا نفسه عن الغاصب، فلا يكون مُحرَّزًا وحافظًا ما في يده أيضًا، وكذلك قلنا: إن كسب المبيع قبل القبض غير مضمون على البائع بالاتفاق، فكذا هاهُنا.

أو نقول: الأجر بدل منفعة العبد، فلو استهلك الغاصب منفعة العبد لا يضمن، فكذا إذا استهلك بدلها، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَلَوْ هَلَكَ العَبْدُ فِي يَدِ الغَاصِبِ حَتَّى ضَمِنَهُ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الضَّمَانِ؛ - لأنَّها ملكه - لِأَنَّ الخَبَثَ لِأَجَلِ المَالِكِ، هذا جواب سؤال، ذُكر ذلك السؤال والجواب في «المبسوط» وقال:

فإن قيل: القيمة دَين في ذمته وهذه الغلة ملكه، ولكن هي واجب التصدق لخبثها، ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله، قلنا: نعم، ولكن التصدق بهذا لم يكن حتمًا عليه، ألا ترى أنه لو سلَّم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك، وليس على الغاصب شيءٌ آخر، فهو بما صنعَ يصير مسلمًا إلى المالك، ثم يصير المالك مبرَّئًا عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه، فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق بعوضه.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ المُشْتَرِي، إلى آخره، معناه: إذا باع الغاصبُ العبدَ المغصوب ثمَّ هلك في يد المشتري.

قوله: ثُمَّ اُسْتُحِقَّ، فأدَّى المشتري القيمةَ إلى المالك، ثمَّ رجع المشتري على الغاصب بالثمن؛ فإن البائع لا يستعين بما استعمله قبل البيع في أداء الثمن، ووضعَ المسألة في «المبسوط» في الدابة فقال: وإن كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها فاستهلكه، وماتت الدابة عند المشتري فضمن ربُّ الدابة المشتري قيمتَها رجع المشتري على الغاصب بالثمن؛ لبطلان البيع باسترداد القيمة منه، ثم لا يستعين الغاصب بالعلة في أداء الثمن؛ لأن الخبث

لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الخَبَثَ مَا كَانَ لِحَقِّ المُشْتَرِي إِلَّا إِذَا كَانَ لا يَجِدُ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى حَاجَةِ نَفْسِهِ، فَلَوْ أَصَابَ مَالًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ غَنِيًّا وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِالفَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَى بِالأَلْفَيْنِ جَارِيَةً

بالغلة ما كان لحق المشتري، فلا يزول بالوصول إلى يده، بخلاف الأول؛ فإن الخبث لحق المالك، فيزول الخبث بوصول الغلة إلى يده.

وقوله: لَيْسَ لَهُ، أي: للغاصب.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ لا يَجِدُ - أي: الغاصب إذا كان فقيرًا - لا يَجِدُ غَيْرَهُ، أي: غير الغلَّة بتأويل الأجر، أو مال الغلة، أو الحاصل بالاستغلال.

قوله: لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، فلمَّا كان هو محتاجًا صار هو كسائر الفقراء، وحاجته في ملكه الذي هو مستحق الصرف إلى الفقراء مقدَّمة على حق سائر الفقراء؛ لأنه فقير كسائر الفقراء فرجحناه باعتبار أنَّها ملكه، وإن كان فيها نوع خبث فكان هو أَوْلَى من غيره.

قوله: وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ، أي: وقت استهلاك الثمن.

وفي «المبسوط»: فإذا أصاب بعد ذلك مالًا تصدَّق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنِي عنه، وإن كان محتاجًا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيءٍ من ذلك؛ لأن وجوب الضمان عليه باعتبار إهلاكه الثمن، ولو استهلك الغلة مكان الثمن فإن كان محتاجًا فليس عليه أن يتصدق بشيءٍ منه، وإن كان غنيًّا فعليه أن يتصدق بمثله فكذلك في استهلاكه الثمن؛ وإنما قلنا ذلك؛ لأن حق الفقراء في هذا المال بمنزلة حقِّهم في اللُّقطة، على معنى أن له أن يتصدق، وله أن يردَّه إلى مالكه إن شاء، أي: له أن ينتظر إلى أن يوجد مالكه، ثم الملتقِط إذا كان محتاجًا فله أن يصرف اللقطة إلى حاجة نفسه، بخلاف

فَبَاعَهَا بِثَلَاثَةِ آلافِ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا) وَأَصْلُهُ أَنَّ الغَاصِبَ أَوِ المُودَعَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي المَغْصُوبِ أَوِ الوَدِيعَةِ وَرَبِحَ لا يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ عِنْدَهُمَا، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ وَجَوَابُهُمَا فِي الوَدِيعَةِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لا يَسْتَنِدُ المِلْكُ إِلَى مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ فَلَمْ يَكُنِ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ، ثُمَّ هَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالإِشَارَةِ، أَمَّا فِيمَا لا يَتَعَيَّنُ كَالثَّمَنَيْنِ فَقَوْلُهُ

ما إذا كان غنيًّا فكذلك حكم هذه الغلة.

قوله: وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ، أي: في المسألة التي قبل هذا، وهي مسألة: مَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ، إلى آخرها.

قوله: ثُمَّ هَذَا ظَاهِرٌ - أي: عدم طيب الربح - فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالإِشَارَةِ، كالعروض.

قوله: كَالثَّمَنَيْنِ، أي: كالدَّراهم والدَّنانير.

وفي «الذخيرة»: اشترى بدراهم مغصوبة، أو بدارهم اكتسبها من الحرام شيئًا، فهذا على وجوهٍ:

(١) إمَّا أن دفع إلى البائع تلك الدراهم أولًا ثم اشترى منه بتلك الدراهم المغصوبة، (٢) أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم ودفعها، (٣) أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم ودفع غير تلك الدراهم، (٤) أو اشترى مطلقًا ودفع تلك الدراهم، (٥) أو اشترى بدراهم أُخر ودفع تلك الدراهم، وفي الوجوه كلها لا يطيب له التناول قبل الضمان، يعني: قبل ضمان الدراهم، وبعد الضمان لا يطيب له الربح، هكذا في «الجامع الصغير».

وقال أبو الحسن الكرخي رحمه الله: هذا الجواب صحيح في الوجه الأول والثاني، أمَّا في الوجه الثالث، والرابع، والخامس يطيب له، قالوا: واليوم الفتوى على قول أبي الحسن رحمه الله لكثرة الحرام؛ دفعًا للحرج عن الناس.

وهكذا أيضًا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»

فِي الكِتَابِ اشْتَرَى بِهَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّصَدُّقَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اشْتَرَى بِهَا وَنَقَدَ مِنْهَا الثَّمَنَ. أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا أَوْ نَقَدَ مِنْهَا وَأَشَارَ إِلَى غَيْرِهَا أَوْ أَطْلَقَ إِطْلَاقًا وَنَقَدَ مِنْهَا يَطِيبُ لَهُ، وَهَكَذَا قَالَ الكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّ الإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لا تُفِيدُ التَّعْيِينَ لا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ لِيَتَحَقَّقَ الخَبَثُ.

وَقَالَ مَشَايِخُنَا: لا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ، وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ المُخْتَارُ لِإِطْلَاقِ الجَوَابِ فِي الجَامِعَيْنِ وَالمُضَارَبَةِ.

محالًا إلى تفسير هشام فقال: إذا اشترى بالدراهم المغصوبة بعينها طعامًا ونقدها لم يحل له أكله، وإن اشترى بدين في ذمته طعامًا ثم نقد تلك الدراهم، أو اشترى بها بعينها ثم نقد غيرها حل له أكله؛ لأن النقود لا تتعين في العقد بمجرد إضافة العقد إليه ما لم ينقده، ولهذا كان له أن يمسكها بعد الشراء بِها ويُنقد غيرها، ولا يكون له أن يستردها بعد ما نقدها، فإذا استعان في العقد والنقد جميعًا بما هو مغصوب تمكَّن فيه الخبث، فيتصدَّق بالربح.

قوله: لِأَنَّ الإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لا تُفِيدُ التَّعْيِينَ لا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ؛ ولأنه لمَّا أشار إليها صارت معقودةً عليها، غير أنه يتخير بين إيفاء عينها أو مثلها، فحين أوفاها فقد تمَّ حكم الغرض فيها، ولو كان عرضًا والمسألة بحالها يتصدق بالربح، هكذا ذكره الإمام المحبوبي.

قوله: وَقَالَ مَشَايِخُنَا: لا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ، وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وقوله: بِكُلِّ حَالٍ، يتعلق بالصورتين، أي: قال مشايخنا: لا يطيب أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن بكل حال، وكذا بعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال.

وإطلاق الجواب **بقوله: يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ**، هاهنا أي: «الجامع الصغير»، وفي «المضاربة»، و«الجامع الكبير» دليل على هذا القول.

قوله: وَهُوَ المُخْتَارُ، وحاصله أنه متى استفاد بالحرام ملكًا من طريق الحقيقة - أي: فيما يتعين - أو الشبهة - أي: فيما لا يتعين - ثبت الخبث فقط، وقد لا يثبت في الدَّراهم إلا

قَالَ: (وَإِنِ اشْتَرَى بِالأَلْفِ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَوَهَبَهَا أَوْ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ)، وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ.

الشبهة، أي: إذا استفاد بها الملك؛ لأنه إذا أشار إليها لم تتعين إلا في حكم جواز العقد بمعرفة النقد والمقدار، وإذا نقد استفاد به سلامة المشتري، فإمَّا أن يصير عنها عوضًا فلا تثبت أنه لا يثبت إلا بالشبهة، وإذا أشار ولم ينقد فقد استفاد بالإشارة جواز العقد، وإذا نقد ولم يُشر فقد استفاد بِها سلامة المشتري، فتمكَّنت الشبهة بكل حال، ولمَّا استوت الوجوه في الشبهة استوت في الخبث والحرمة، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله.

وذكر أخوه صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولو اشترى بالألف المغصوبة طعامًا هل يُباح له الأكل؟ أو اشترى بها جارية هل يباح له الوطء؟ الصحيح أنه لم يكن له الوطء والأكل؛ لأن في السبب نوع خبث، ولهذا المعنى بعض الظلمة الذين فيهم قليل تقوى يشترون الأشياء نسيئة ويصرفونَها إلى حوائجهم ثم يقضون الأثمان.

وفي «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي، وفي «نوادر ابن سماعة»: إذا غصب ثوبًا أو كرًّا فاشترى به طعامًا لا يسعه أن يأكل حتى يؤدي قيمة الثوب، أو يؤدي مثل الكرّ الغصب، ولو غصب دراهم فاشترى بها طعامًا وسعه أكلُه؛ لأن الثوب إذا استحق ينتقض البيع، وإذا استحقت الدراهم لا ينتقض البيع، ولو غصب كرّ حنطة أو ثوبًا فاشترى به جارية لا يسعه وطؤها، ولو غصب ثوبًا فتزوَّج به امرأة، أو غصب كرّ حنطة أو شعير فتزوَّج به وسعه وطئها؛ لأن في النكاح إذا استحق ما جُعل مهرًا لا ينتقض النكاح، ولو استحق في البيع انتقض البيع.

قوله: وَإِنِ اشْتَرَى بِالأَلْفِ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَيْنِ، أي: إن اشترى بالألف المغصوبة جارية.

قوله: لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، ولم يتحد؛ لأن الألف غير الجارية، والجارية وإن كانت تساوي ألفين لا يتبين أن الألف فيها ربح؛ لاختلاف الجنس بين الألف والجارية.

فإن قلتَ: يُشكل على هذا التعليل مسألة المضاربة، وهي ما ذكر في باب عتق المضارب

....

ودعوته من مضاربة «المبسوط» فقال:

ولو كان اشترى - أي: المضارب - بالألف التي هي جميع رأس المال عبدٌ يُساوي ألفين فأعتقه المضارب جاز عتقه في رِبعه.

وعلَّل فقال: لأن المال كله من جنس واحد، وفيه فَضْل على رأس المال فيملك المضارب حصته من الربح وذلك رُبع العبد، فإن نصفه مشغول برأس المال، والنصف الآخر ربح بينهما نصفان، فقد ظهر الربح في الألف الزائد في قيمة العبد على الألف التي هي رأس المال، مع أن العبد غير الألف الذي أعطاه رب المال إلى المضارب، ومثل هذه المسألة مرَّت في مسائل المضاربة أيضـًا.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن في المضاربة لما انقلب رأس المال عبدًا بتصرف المضارب، وفي العبد زيادة قيمة تضعَّف رأس المال ظهر الربح تبعًا للعبد، وظهور المجانسة بين رأس المال والربح؛ لأن نصف العبد بمقابلة رأس المال والنصف الآخر بمقابلة الربح، ونصف العبد مجانس لنصفه الآخر في حال بقاء العبد، فيظهر الربح لوجود المجانسة بين رأس المال والربح حال بقاء العبد، وفي مسألتنا أيضـًا ظهر الربح بزيادة القيمة في الجارية على الألف المغصوبة، ولكن أزالها عن ملكه بغير عوض مالي، فلم يعمل ظهور الربح، فلا يجب التصدق بمقابلة الربح.

وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير» في هذه المسألة: لم يتصدق بشيءٍ هاهنا؛ لأن الواجب عليه عند تمكُّن الخبث في التصرف التصدق بالربح، ولم يظهر الربح هاهنا، يعنِي: بعد الاستهلاك؛ وذلك لأنَّا لو قلنا بوجوب التصدق بعد إخراجها عن ملكه من غير عوض مالي يكون غرمًا محضـًا، إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير» فقال:

لأن الخبث ثابت بالشبهة، والشبهة تعمل في التصدق لا في التضمين، ولو ثبتَ التصدق بعد الاستهلاك لم يثبت إلا بواسطة التضمين، ولا سبيل إلى التضمين؛ لأن الإنسان لا يضمن

....

بإتلاف ملك نفسه، أمَّا في مسألة المضاربة وجدت المجانسة على ما قلنا، والعبد باق في ملكه، فظهر الربح فعمل عمله، فلذلك تعرَّض في التعليل إلى جانب وجود المجانسة في قوله: لأن المال كله من جنس واحد، وفيه فضل على رأس المال فيظهر الربح، حتى إذا كان مال المضاربة أجناسًا لا يظهر الربح، وإن كانت قيمتها تزيد على رأس المال.

وقد مرَّ في المضاربة في قوله: فَإِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَوَطِئَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَاوِي أَلْفًا، إلى أن قال: إِذَا صَارَ - مال المضاربة - أَعْيَانًا كُلُّ عَيْنٍ مِنْهَا يُسَاوِي رَأْسَ المَالِ لا يَظْهَرُ الرِّبْحُ؛ لصلاحية كل واحدٍ منهما لرأس المال، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِيمَا يَتَغَيَّرُ بِعَمَلِ الغَاصِبِ)

قَالَ: (وَإِذَا تَغَيَّرَتِ العَيْنُ المَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَعِظَمُ مَنَافِعُهَا

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

لمَّا ذكر مقدمات الغصب من بيان معنى الغصب لغةً وشرعًا، ومن أحكام الضمان، وما يتحقق فيه الغصب، وما لا يتحقق، ذكر في هذا الفصل كيفية ثبوت الملك للغاصب عند أداء الضمان، وما يتعلَّق بها.

وقوله: حَتَّى زَالَ اسْمُهَا، احتراز عمَّن غصب شاة غيره وذبحها حيث لم يزُل ملك مالكها منها بمجرَّد الذبح في ظاهر الرواية؛ لأنه لم يزل اسمها؛ لأنه يقال: شاة مذبوحة، وشاة حية، وكذلك أيضًا فيه إدخال لحنطة غصبها وطحنها حيث يزول ملك المغصوب منه بمجرد الطحن؛ لوجود المخالفة بين الحنطة والدقيق من حيث الاسم والهيئة والحكم والمقصود، أمَّا الحكم فإنه إذا غصبَ حنطة واستهلكها لا يجب عليه رد الدقيق بالإجماع، فعُلِم به أنه غيَّر الحنطة حكمًا أيضًا، وأمَّا غير الحكم فظاهر[1]، وكذلك في الشاة إذا ذبحها وشَواها أو طبخها، كانت هي بمنزلة الحنطة إذا طحنها؛ لأن الشاة بعد الطبخ زال اسم الشَّاة عنها.

وقوله: وَعِظَمُ مَنَافِعُهَا، أيضًا احتراز عمَّا إذا غصبها وطحنها؛ لأن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن، وهي جعلها بذرًا، وهريسة، وكشكًا، ونشاءً، وغيرها.

---

(١) سقط النص من هاهُنا بمقدار حوالي لوحتين في بعض النُّسَخ، كنسخة نور عثمانية الأولى (ع١)، والثانية (ع٢)، ونسخة فاتح الثانية (ف٢) وغيرها، وهو موجود في النُّسخ الأخرى.

زَالَ مِلْكُ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا وَمَلَكَهَا الغَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا أَوْ صُفْرًا فَعَمِلَهُ آنِيَةً) وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -،

قوله: زَالَ مِلْكُ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا، أي: تجب القيمة في الشاة إذا طبخها على الغاصب، وفي الحنطة إذا طحنها المثل على الغاصب، ويزول ملك المغصوب منه على وجهٍ لو أبى المالك أخذَ القيمةِ وأراد أخذ اللحم مشويًّا لم يكن له ذلك؛ لأن الملك قد زال، كذا في «الإيضاح».

وقوله: كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا، إنما قيَّد بالشيّ والطبخ؛ لأن بمجرد الذبح لا يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ على ما ذكرنا، ولكن المالك يُضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يُضمنه شيئًا؛ لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا يلتزم بمقابلته العوضُ، ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح؛ لأنه زيادة من حيث التقريب إلى الانتفاع باللحم، ولكنه نقصان بتفويت سائر الأغراض من الحيوان فلأجله يثبت الخيار، فكان هذا والقطع في الثوب سواء، يُضمنه النقصان إن شاء أخذ المذبوح، وإن شاء تركها وضمن قيمتها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ، بل يأخذ الدقيق ويُضمنه النقصان إن كان؛ لأنَّ على مذهبه تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز.

قوله: وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وذكر في «الإيضاح»: رُوي عن أبي يوسف رحمه الله ثلاث روايات:

إحداها: مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

والثانية: أن حق المالك لا يسقط عنه، ولكن ملكه يزول عنه ويباع له العين في دينه،

غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَخْذَ الدَّقِيقِ لا يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُضَمِّنُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ لكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ. لِلشَّافِعِيِّ أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ وَتَتْبَعُهُ الصَّنْعَةُ كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي الحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطُحِنَتْ. وَلا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا انْعَدَمَ الفِعْلُ أَصْلًا وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ المَغْصُوبَةَ وَسَلَخَهَا وَأَرَّبَهَا.

وهو أحق به من جميع الغرماء إن ماتَ.

وفي رواية له: أن يأخذ الدقيق ويبرأ الغاصب من الضمان.

قوله: لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا؛ لأن الدقيق عين الحنطة من وجه، فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن؛ وهذا لأنَّ عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا في إحداث ما لم يكن موجودًا، وتفريق الأجزاء لا يُبَدِّل العين كالقطع في الثوب، والذبح والسلخ في الشاة؛ والدليل على بقاء جنس الحنطة فيها جريان الربا بينهما، ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة، فلما ثبتت الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة، فلو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئًا آخر؛ لنقصان صفتها بسبب العقوبة لأدائه إلى الربا على ما مرَّ، فكذلك هاهُنا.

قوله: وَتَتْبَعُهُ الصَّنْعَةُ، - وهي صنعة الغاصب من جعله دقيقًا وغيره - كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي الحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطُحِنَتْ، أي: يكون الدقيق هناك لمالك الحنطة، فكذلك هاهنا، غاية ما في الباب أن في صورة النزاع تخلل فعل الغاصب ولكن فعله عدوان، والعدوان لا يصلح أن يكون سببًا للملك فلغا فعله، فصار كالحنطة التي هبَّت الريح فيها وألقتها في طاحونة وطحنت من هذا الوجه، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الإيضاح».

تأريب الشاة: جعلها إِرْبـًا إِرْبـًا، أي: عضوًا عضوًا.

وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَبَدَّلَ الِاسْمُ وَفَاتَ مُعْظَمُ المَقَاصِدِ وَحَقُّهُ فِي الصَّنْعَةِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَيَتَرَجَّحُ عَلَى الأَصْلِ الَّذِي هُوَ فَائِتٌ مِنْ وَجْهٍ، وَلَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَحْظُورٌ، بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِحْدَاثُ الصَّنْعَةِ، بِخِلَافِ الشَّاةِ؛ لِأَنَّ اسْمَهَا بَاقٍ بَعْدَ الذَّبْحِ وَالسَّلْخِ،

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً، لأنَّ عين الحنطة تزداد قيمتها بصنعه جعل الدقيق بعد زوال اسمها، وكذلك ذبح الشاة مع طبخها أو شيِّها يزداد قيمتها مع زوال اسم الشاة، فازديادُ القيمة يؤثر في اعتبار فعل الغاصب، وزوال الاسم يدل على المغايرة؛ وبهذين الوصفين يُعلم أنه لم يبق للمالك حق استرداد عين الدقيق واللحم المطبوخ؛ لأنَّ حق المالك في عين المغصوب ولم يبق عينه، وليس له إبطال الصنعة المتقوّمة.

وأمّا قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ، قلنا: هذا الفعل إنما صار محظورًا من حيث تفويت يد المالك عن المحل، لا من حيث إحداث المعنى للذات؛ فإن الفعل إنما يسمَّى بكونه غصبًا لمعنى خاص يظهر أثره في حق المالك وهو إزالة اليد، ولا تعلق لهذا الاسم بإحداث هذا المعنى، ألا ترى أنه لا يتوقف اسم الغصب عليه؟ ولأن إحداث الصنعة مشروع في نفسه؛ وإنما حرُم هاهنا لمعنى في غيره وهو أنه جعَل العين آلة للصنعة فأشبه الاحتطاب بقدوم الغير، والاصطياد بشبكة الغير.

وذكر في «المبسوط»: والمعنى فيه أن هذا الدقيق غير الحنطة، وهو إِنَّما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق، وبيان المغايرة أنَّهما غيران اسمـًا، وهيئةً، وحكمـًا، ومقصودًا، وكذلك يتعذَّر إعادة الدقيق إلى صفة الحنطة.

وتحقيقه: أن الموجودات من المخلوقات تُعرف بصورتها ومعناها، فتبدّل الهيئة، والصورة، والاسم دليلٌ على المغايرة صورةً، وتبدل الحكم والمقصود دليل على المغايرة معنًى، وإذا ثبتت المغايرة صورةً ومعنًى فمن ضرورة ثبوت الثانِي انعدام الأول؛ لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شيئين، وإذا انعدم الأوّل بفعله صار ضامنًا مثله، وقد ملكه بالضمان.

وَهَذَا الوَجْهُ يَشْمَلُ الفُصُولَ المَذْكُورَةَ وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِ غَيْرُهَا فَاحْفَظْهُ. وَقَوْلُهُ وَلَا

وأمَّا قول أبي يوسف رحمه الله: جريان الربا بينهما دليل بقاء المجانسة، فقلنا: بين الدقيق والحنطة شُبْهة المجانسة من حيث أن عمل الطحن صورة في تفريق الأجزاء، وباب الربا مبني على الاحتياط، فلبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا، بخلاف القطع في الثوب، والذبح في الشاة؛ فإن بالذبح لا يفوت اسم العين يقال: شاة مذبوحة.

فإن قلتَ: ما تقول في التأريب، حيث لم يقل هناك شاة مؤربة، بل يقال: لحم مؤرب، ومع ذلك بعد السلخ والتأريب لم ينقطع حق المالك؛ وذلك الأصل الذي ذكرته بأن بقاء الاسم دليل على بقاء حق المالك، وزوال الاسم دليل على انقطاع حق المالك، انتقض هاهنا حيث لم ينقطع حق المالك في الشاة بعد السلخ والتأريب، مع زوال اسم الشاة عن ذلك اللحم المؤرب.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أنه لمَّا ذبحها قد أبقى اسم الشاة فيها على ما ذكرنا بأنه يقال: شاة مذبوحة، مع ترجيح جانب اللحمية في الشاة؛ إذ معظم المقصود من الشاة اللحم، ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح، بل تحقق ذلك المقصود، فلا يكون ذلك دليل تبديل العين؛ فلهذا كان لصاحبها أن يأخذها، بخلاف الطبخ بعده؛ لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم التي كما كان، فلم يكن لصاحبها أن يأخذها، بخلاف التأريب، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا الوَجْهُ يَشْمَلُ الفُصُولَ المَذْكُورَةَ، أي: وجه الاستبدال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك، وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب؛ فإنه إذا غصب دقيقًا فخبزه، أو غَزلًا فنسجه، أو قُطناً فغزله، أو سمسمًا فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم والصورة والمعنى.

وأمَّا إذا غصب الثوب وصبغه بعصفر لم ينقطع حق المالك، فكان هو بالخيار على ما يجيء؛ لأن عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه ولا معناه، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، وفي «المبسوط»: ليس له أن ينتفع به

يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا اسْتِحْسَانٌ وَالقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ وَزُفَرَ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - رَوَاهُ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ. وَوَجْهُهُ ثُبُوتُ المِلْكِ المُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَهَبَهُ أَوْ بَاعَهُ جَازَ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي الشَّاةِ المَذْبُوحَةِ المَصْلِيَّةِ بِغَيْرِ رِضَاءِ صَاحِبِهَا،

ما لم يؤد الضمان بالتراضي، أو بقضاء القاضي، أو يقضي القاضي عليه بالضمان.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ، أي: يجوز له الانتفاع قبل أن يؤدي الضمان؛ لأنه لمَّا طبخه، أو شوَّاه صار مُستهلكًا له وعليه القيمة، فيجوز له الانتفاع؛ لأن الملك إذا ثبتَ وانقطع حق المغصوب منه لا ينبغي أن يعتبر رضاه بعد ذلك.

قوله: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي الشَّاةِ المَذْبُوحَةِ المَصْلِيَّةِ»، من الصلي: (بريان كردن در آتش) من حدِّ ضرب، وهذا حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الأنصار، فقدم إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة، فجعل يَلُوكُها ولا يستسيغه، فقال: إنَّها تخبرني أنَّها ذُبحت بغير حق؟ فقال الأنصاري: كانت شاة أخي، ولو كانت أعز من هذا لم ينفس عليَّ بها، وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع، قال النبي صلَّى الله عليه وسلم: أطعموها الأسارى»، قال محمد رحمه الله: يعنى: المحتبسين، فأمرُه بالتصدق بها بيان أن الغاصب قد ملكها، لأن مال الغير يحفظ عليه عينُه إذا أمكن وثمنه بعد البيع إذا تعذَّر عليه حفظ عينه، ولمَّا أمر بالتصدق بها دلَّ أنه ملكها، قال محمد رحمه الله: وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلًا في أكثر مسائل الغصب؛ ولأن الدقيق من حيث الصورة أجزأ ملك المغصوب منه، وهذه الصورة معتبرة فيما بُني على الاحتياط والأكل مبني على ذلك، وإنَّما يتمُّ تحول حق المغصوب منه إلى الضمان بالاستيفاء أو بالقضاء؛ فلهذا لا ينتفع به إلا بعده، كذا في «المبسوط».

أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى» أَفَادَ الأَمْرُ بِالتَّصَدُّقِ زَوَالَ مِلْكِ المَالِكِ وَحُرْمَةَ الِانْتِفَاعِ لِلْغَاصِبِ قَبْلَ الإِرْضَاءِ؛ وَلِأَنَّ فِي إِبَاحَةِ الِانْتِفَاعِ فَتْحُ بَابِ الغَصْبِ فَيَحْرُمُ قَبْلَ الإِرْضَاءِ حَسْمًا لِمَادَّةِ الفَسَادِ وَنَفَاذِ بَيْعِهِ وَهِبَتِهِ مَعَ الحُرْمَةِ لِقِيَامِ المِلْكِ كَمَا فِي المِلْكِ الفَاسِدِ. وَإِذَا أَدَّى البَدَلَ يُبَاحُ لَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ المَالِكِ صَارَ مُوَفًّى بِالبَدَلِ فَحَصَلَتْ مُبَادَلَةٌ بِالتَّرَاضِي، وَكَذَلِكَ إِذَا أَبْرَأَهُ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَدَّى بِالقَضَاءِ أَوْ ضَمِنَهُ الحَاكِمُ أَوْ ضَمِنَهُ المَالِكُ لِوُجُودِ الرِّضَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْضِي إِلَّا بِطَلَبِهِ.

وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا أَوْ نَوَاةً فَغَرَسَهَا غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ فِيهِمَا قَبْلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ،

يُقال: نَفِس به بالكسر بنفس، أي: ضنَّ به، من حدِّ علم.

قوله: أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى»، أَفَادَ الأَمْرُ بِالتَّصَدُّقِ وَزَوَالَ مِلْكِ المَالِكِ؛ لأنه لا يجوز التصدق بمال الغير، بل يمسك ليحضر المالك على ما قلنا.

فإن قلتَ: يُشكل على هذا التصدق باللقطة ولا شك أنَّها مال الغير، ومع ذلك أمر الْمُلتقط بالتصدق إذا كان غنيًّا؟ قلتُ: إنما يتصدق بها بعد التعريف للعجز عن إصابة المالك، وعن صيانة المال، وهاهنا المالك معلوم فلا يجوز التصدق إذا لم يزل ملك المالك، كذا ذكره الإمام البُرغري رحمه الله.

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ فِيهِمَا، أي: في الحنطة التي زرعها، وفي النواة التي غرسها بالغصب.

قوله: لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، ولمَّا وجد الاستهلاك من كل وجهٍ انقطع حق المالك من كل وجه، بخلاف الحنطة إذا غصبها وجعلها دقيقًا، فإن الدقيق هو أجزاء الحنطة المغصوبة ولم تكن الحنطة مستهلكة من كل وجه.

بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِقِيَامِ العَيْنِ فِيهِ مِنْ وَجْهٍ. وَفِي الحِنْطَةِ يَزْرَعُهَا لا يَتَصَدَّقُ بِالفَضْلِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ – رَحِمَهُ اللهُ – فَيَأْخُذُهَا وَلا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ، وَقَالا: يَمْلِكُهَا

وقوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وهو قوله: كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا.

وذكر في «الإيضاح»: ففرق أبو يوسف رحمه الله بين هذه المسألة – أراد بها ما إذا غصب حنطة فزرعها حيث لا يكره الانتفاع قبل أداء الضمان، ولا يتصدق بالفضل – وبين مسألة الطحن، فإنه يُكره الانتفاع به قبل أداء الضمان بالاتفاق، والوجه أن الطحن ليس بإتلاف حقيقةً؛ وإنَّما هو تغيير لصفة العين، فجاز أن يتعلق حق المالك به لقيام العين، وأمَّا الزرع فالحب تعفن، وإذا عَفِن لم يبق متقوّماً، فإذا صار غير متقوّم لم يمكن تعليق حق المغصوب منه به.

فأمَّا الكلام في التصدق بالفضل، فأبو يوسف رحمه الله يُدير الطيب على الضمان فإنه هو المنصوص عليه؛ فإنه نَهى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن، فإذا جاء الضمان طابَ الربح، وقال أبو يوسف رحمه الله في الوَدِيِّ: إذا غصبه إنسانٌ فغرسه فصار نخلًا يُكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه؛ ولو غصب نواةً فصارت نخلًا جاز الانتفاع به، وكذا في الحنطة إذا زرعها؛ لأن النوى يَعْفن ويهلك، والودي يزيد في نفسه.

قوله: وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ، أي: قبل هذا الفصل، وهو تعليل مسألة: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ، إلى آخره.

قوله: وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ... لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، قيَّد بغصب الفضة، والذهب، وبضربها دراهم أو دنانير، احترازًا

الغَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا)؛ لِأَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً صَيَّرَ حَقَّ المَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ كَسَرَهُ وَفَاتَ بَعْضُ المَقَاصِدِ وَالتِّبْرُ لا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ وَالمَضْرُوبُ يَصْلُحُ لِذَلِكَ.

عن كسر الدراهم أو الدينار، وعن كسر قلب الفضة أو قلب الذهب؛ فإنه لو كسر درهمًا أو دينارًا فعليه مثله بالاتفاق؛ لأنه غيَّره بصنعه، ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه إلا بإيجاب المثل، والمكسور للكاسر إذا ضمِن مثله، وإن شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه بشيء، ويستوي إن انتقصت ماليته بالكسر أو لم تنتقص؛ لأن صفة العين تغيّرت بفعله، وذلك كافي لإثبات الخيار له.

وأمَّا إذا استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصُوغًا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمته من جنسه؛ بناءً على أصله أن للجودة والصنعة في الأموال الربوية قيمة، وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها، فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدَّى إلى الربا، ولو أوجبنا مثل وزنِها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة، فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا: يضمن القيمة من الذهب مصوغًا، وإن وجده صاحبه مكسورًا ورضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه عاد إليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل، ولا قيمة لها في الأموال الربوية، وقد ذكرناه مرَّة، وكذلك إناءٌ مصوغ كسره رجل، فإن كان من فضة فعليه قيمته مصوغًا من الذهب، وإن كان من الذهب فعليه قيمته مصوغًا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المغصوب منه في الصنعة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالتِّبْرُ لا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ، يعني: أنَّ الفضة والذهب قبل أن يضربهما دراهم ودنانير كان تبْرًا؛ لأن التِّبر اسم لما كان غير مضروب من الذهب والفضة، وهو في تلك الحالة لم يصلح لأن يكون رأس المال في المضاربات والشركات، فبعد جعله دراهم ودنانير يصلح، فثبتَ أنَّهما اختلفا حكمًا بصنعة الغاصب، وكذلك اختلفا اسمًا؛ لأنَّ الفضة قبل أن يضربها دراهم اسمها فضة وبعده دراهم، والذهب قبل الضرب اسمه ذهب

وَلَهُ أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الِاسْمَ بَاقٍ وَمَعْنَاهُ الأَصْلِيُّ الثَّمَنِيَّةُ وَكَوْنُهُ مَوْزُونًا وَأَنَّهُ بَاقٍ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الرِّبَا بِاعْتِبَارِهِ وَصَلاحِيَّتِهِ لِرَأْسِ المَالِ مِنْ أَحْكَامِ الصَّنْعَةِ دُونَ العَيْنِ، وَكَذَا الصَّنْعَةُ فِيهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ لا قِيمَةَ لَهَا

وبعده دينار، وإذا كان كذلك وجبَ أن ينقطع حق المغصوب منه من المغصوب، كما لو اتخذ الحديد درعًا، أو سيفًا، أو غصب الصُّفرَ واتخذه قماقم؛ لأنه صار شيئًا آخر، وعلى هذا الخلاف أيضًا لو غصب الفضة أو الذهب فصاغهما إناء.

قوله: وَلَهُ أَنَّ العَيْنَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، - وفي هذا مَنع لما ادَّعياه من أن المغصوب صار شيئًا آخر - أَلا تَرَى أَنَّ الِاسْمَ - أي: اسم الذهب والفضة - بَاقٍ، وكذلك الأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة باقية، وهي الثمنية، وكونه موزونـًا، وجريان الربا، ووجوب الزكاة، ولكن جريان الربا أثر بقائه موزونـًا، ووجوب الزَّكاة أثر بقائه ثمنـًا، وما ذكرا من تغيُّر الاسم بكون اسم التبر بعد الضرب درهمًا ودينارًا ذاك أثرُ الصنعة؛ لأن الدراهم والدنانير اسم الصنعة، وكذلك صلاحيته بعد الضرب لرأس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين، ولهذا نقول: ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالدراهم والدنانير فلا اعتبار، ولا قيمة للصنعة في مثل هذه الأموال منفردة عن الأصل، وبه فارقَ الحديد والصفر، فإن الصنعة هاهُنا تخرجه من الوزن، ومن أن يكون مال الربا، حتى لو باع قمقمةً بقمقتين يدًا بيدٍ يجوز على ما ذكرنا في كتاب الصرف؛ وللصنعة في غير مال الربا لها قيمة، مع أن اسم العين وحكمه قد تبدل هناك، وأمَّا هاهُنا فلم يتبدل الاسم وحكم العين، فلَّما بقيَ اسم العين وحكمه هناكَ كان ذلك دليل بقاء العين المغصوبة، فللمالك أخذه وإن وُجد صنعة الضرب؛ لما أنه لا قيمة للصنعة في هذه الأموال، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَكَذَا الصَّنْعَةُ فِيهَا - أي: في عين الفضة والذهب - غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا، إنَّما قيَّد بقوله: مُطْلَقًا، احترازًا عمَّن كسر إناء فضة، أو ذهب، أو قلبًا منهما، فإنه يضمن قيمته من خلاف جنسه على ما ذكرناه آنفا من «المبسوط»، فتضمينه لقيمته من خلاف جنسه دليل على تقوم الصنعة في هذه الأموال عند عدم المقابلة بجنسها، لكن الصنعة غير متقومة في هذه الأموال.

عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً فَبَنَى عَلَيْهَا زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا وَلَزِمَ الغَاصِبَ قِيمَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لِلْمَالِكِ أَخْذُهَا، وَالوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ قَدَّمْنَاهُ.

قوله: عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، لما ذكرنا من رواية «المبسوط» بقوله: وإن وجده[1] صاحبه مكسورًا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح، فكانت الصنعة في هذه الأموال متقومة في بعض الأحوال دون البعض،» فصح أن يقال: الصَّنْعَةُ فِيهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا، أي: ليست بمتقومة في كل الأحوال، بل في بعضها.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً، بالجيم وهي: الخشبة العظيمة جدًّا، أو الخشبة المنحوتة المهيَّأة للأساس ونحوه، كذا في «المغرب».

وأمَّا مسألة الساحة بالحاء المهملة فيجيء بعد هذا في قوله: وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَى.

ولأن في مسألة الساحة قولنا كقوله، بخلاف هذه المسألة؛ ولأنه ذكر في «المبسوط» بعبارة هي نص على ما قلنا فقال: ولو غصب ساجة فجعلها بابًا، أو حديدةً فجعلها سيفًا، ضمن قيمة الحديدة والساجة للغاصب عندنا.

ثم اعلم أن هذا الحكم الذي ذكره في الساجة من زوال ملك مالكها إذا بنى الغاصب عليها، فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة، وأمَّا إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها، ذكره في «الذخيرة».

ونذكر تمامه في مسألة الساحة وهي قوله: وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَى، إن شاء الله تعالى.

قوله: وَالوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ قَدَّمْنَاهُ، أي: في أول هذا الفصل بقوله: وَإِذَا تَغَيَّرَتِ العَيْنُ

---

(١) إلى هاهُنا تمَّ السقط الواقع في بعض النسخ، الذي أشرنا إليه سابقـًا قبيل عشر صفحات.

وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ إِضْرَارًا بِالغَاصِبِ بِنَقْضِ بِنَائِهِ الحَاصِلِ مِنْ غَيْرِ خَلَفٍ، وَضَرَرُ المَالِكِ فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَجْبُورٌ بِالقِيمَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَاطَ

المَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ، إلى آخره.

ثم في هذه المسألة وافق زفر والشافعي رحمهما الله، ووافقنا في تلك المسائل وهي: ما إذا غصب حنطة فجعلها دقيقًا وغيرها، والفرق له هو أن الحادث هنا زيادة وصف من غير أن يكون الأول مستهلكًا، بخلاف ما تقدم.

قوله: وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ، أي: ودليل آخر لنا في تعليل هذه المسألة.

قوله: أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ إِضْرَارًا بِالغَاصِبِ، إلى آخره، يعني: لا بدَّ في هذا من إلحاق الضَّرر بأحدهما، أمَّا في حق الغاصب فكما في قول الشافعي رحمه الله بأن يهدم بناؤه وترد الساجة إلى صاحبها، وأمَّا في حق المالك فكما في قولنا بانقطاع حق المالك من الساجة مجبورة بالقيمة، وفيه ضرر نقل المالية من العين إلى القيمة بدون اختياره، إلا أن في الإضرار بالغاصب إهدار حقه، وفي قطع المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية عليه لا إهدار حقه، ودفع الضرر واجب بحسب الإمكان، فضرر النقل دون ضرر الإبطال، وبسبب ظلم الغاصب لا تسقط قيمة ما كان متقومًا في نفسه، فلذلك قلنا بضرر النقل دون ضرر الإهدار.

فإن قلتَ: وللشافعي رحمه الله دليل آخر أيضًا يختص بهذا الموضع فما جوابه؟ وهو أن الغاصب لو نقض بناؤه وسلم الساجة كما كانت يجوز، ويُجبر المالك على القبول، بخلاف تلك المسائل، وكذلك لو صبر المالك حتى نقض الغاصب البناء كان للمالك أن يأخذه، فعلم بهاتين المسألتين أن حق المغصوب منه لم ينقطع من الساجة.

قلتُ: قد انقطع حق المغصوب منه بدليل ما ذكرنا بأن ما اتصل بالمغصوب من الوصف الذي صنعه الغاصب متقوم في نفسه، وفي إهداره ضرر عليه، وأمَّا جواز الرد والجبر على القبول فباعتبار أن الامتناع عن التعرض للغاصب برفع البناء كان لدفع الضرر عنه، فإذا رضيَ هو بنفسه حتى دفع بناه فقد التزم الضرر فيجوز الرد، والجبر للمالك على القبول

بِالخَيْطِ المَغْصُوبِ بَطْنَ جَارِيَتِهِ أَوْ عَبْدَهُ أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ المَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ.

لوصول الحق إلى المستحق كما كان.

فإن قيل: صاحب الساحة صاحب أصل؛ لأن بناء الغاصب عليها والغاصب صاحب وصف، ولا شك أن مراعاة جانب صاحب الأصل أَوْلَى من مراعاة جانب صاحب الوصف.

قلنا: بل رعاية جانب صاحب الوصف وهو البناء أَوْلَى؛ لأن هذا الوصف قائم من كل وجه، والأصل قائم من وجه مُسْتَهلك من وجه؛ لأن الأصل كان ملكًا للمغصوب منه مقصودًا، والآن صار تبعًا لملك غيره، ولهذا صار بحيث يُستحَق بالشفعة بعد أن كان منقولًا لا يُستحق بالشفعة، فانعدم منه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا، والقائم من كل وجه يترجح على القائم من وجه، وإنما يترجح جانب الأصل إذا كان الأصل قائمًا من كل وجه كما في مسألة الساحة، فإنَّها قائمة من كل وجه تُستحق بالشفعة كما كانت من قبل، هذا كله مما أشار إليه في «المبسوط».

ثم ذكر في «الذخيرة» وقال: ولم يذكر في «الأصل» ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء ويرد الساحة، مع أنه يملكها بالضمان هل يحل له ذلك؟ وهذا على وجهين: إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة فلا يحل له نقض البناء، وإذا نقض لم يستطِع رد الساحة، فإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يحِلُّ، وبعضهم قالوا: لا يحل؛ لما فيه من تضييع المال من غير فائدة.

قوله: أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ المَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ، فصورة المجمع عليها في هذا ما إذا كانت السفينة مع من عليها في لُجَّة البحر ليس للمالك أن ينتزع لوحة منها؛ لأن فيه تلف الناس كما إذا خاف التلف حلَّ له أن يغصب، وكذلك اللوح حتى أن السفينة إذا كانت واقفة كان له النزع عند الشافعي رحمه الله، هكذا نصَّ عليه في «الأسرار».

ثم عدم جواز النزع هاهنا عنده؛ لا لأن الغاصب ملك ذلك بما صنع، ولكن لا يُؤمر بالنزع؛ لأن فيه تلف الناس، وكذلك في الإبريسم إذا غصبه وخاط به بطن نفسه.

ولكنا نقول: بالبناء على الساحة أثبت الغاصب لنفسه حقًا محترمًا فلا يجوز الإبطال

ثُمَّ قَالَ الكَرْخِيُّ وَالفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرَ: إِنَّمَا لا يُنْقَضُ إِذَا بَنَى فِي حَوَالِي السَّاجَةِ، أَمَّا إِذَا بَنَى عَلَى نَفْسِ السَّاجَةِ يُنْقَضُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ. وَجَوَابُ الكِتَابِ يَرُدُّ ذَلِكَ وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ فَمَالِكُهَا بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ،

عليه لأجل المغصوب منه، فلمَّا حرم الإبطال وصار بحال لا يمكن التمييز بينهما ولا سبيلَ إلى إثبات الشركة بالإجماع فنقول: إن حق الغاصب أوْلَى بالاعتبار؛ لأن في إبطاله يلزمه زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المغصوب منه على ما ذكرنا، ومن هذا الطريق صارت مسألتنا بمنزلة اللوح في السفينة، والخيط في البطن؛ لأن هناك إنَّما لا ينزع المالك لوحة لئلا يلزم زيادة ضرر على الغاصب، وذلك موجود في مسألتنا، فيجب أن لا يتمكن المالك من الاسترداد، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: ثُمَّ قَالَ الكَرْخِيُّ وَالفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِنَّمَا لا يُنْقَضُ إِذَا بَنَى فِي حَوَالِي السَّاجَةِ، بأن ادخل الساجة في بنائه وبنى حولها لا عليها، وقيل: صورة هذا أن يُجعل الساجة عمادًا لجداره.

قوله: أَمَّا إِذَا بَنَى عَلَى نَفْسِ السَّاجَةِ يُنْقَضُ؛ لأنه إذا لم يكن البناء عليها لا يكون متعديًا بالبناء في ملكه.

وأمَّا إذا بنى على الساجة (يعني: سيخ زيرين كند) فهو مُتعدٍّ في هذا البناء، والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء فيُهدم للرد، كما في مسألة الساجة، ولكن هذا ضعيف، فقد ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف: أنه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مُزادة انقطع حق المالك عنها، وهو في هذا العمل هاهنا متعد؛ لأن عمله في ملك الغير، فدلَّ أنه لا يفرق بين أن يكون في ملك الغير، أو في ملك نفسه، وأن الصحيح ما قلنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَجَوَابُ الكِتَابِ يَرُدُّ ذَلِكَ، وهو قوله: وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً فَبَنَى عَلَيْهَا زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا.

قوله: وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، يعني: أخذ المالك الشاة المذبوحة، وضمَّن الغاصب

وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، وَكَذَا الجَزُورُ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا) هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَجْهُهُ أَنَّهُ إِتْلَافٌ مِنْ وَجْهٍ بِاعْتِبَارِ فَوْتِ بَعْضِ الأَغْرَاضِ مِنَ الحَمْلِ وَالدَّرِّ وَالنَّسْلِ وَبَقَاءِ بَعْضِهَا وَهُوَ اللَّحْمُ فَصَارَ كَالخَرْقِ الفَاحِشِ فِي الثَّوْبِ، وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ فَقَطَعَ الغَاصِبُ طَرَفَهَا لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا

النقصان الثابت بالذبح؛ لأنه انتقض منها ما هو المطلوب من الدَّر، والنَّسل، والأسمان.

الجَزُورُ: ما أعدَّ للجزر وهو القطع، والمراد الذبح من الإبل يقع على الذكر والأنثى، وهي تؤنث، والجمع الجزْرُ، وإنما ذكر الجزور **بقوله: وَكَذَا الجَزُورُ**، بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الاختيار بين تضمين القيمة وبين تضمين النقصان؛ لدفع شُبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال: والنقصان بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدَّر والنَّسل، والجزور هي التي أُعدَّت للذبح، فلم يكن الدر والنسل مطلوبين منها، فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان، بل استحق الغاصب أجر المثل من جزارته على المالك؛ لأنه حقَّق مقصوده فيها فكان زيادةً منها لا نقصانًا، كما إذا غصبَ ثوبًا فصبغه أحمر، حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ إذا اختار أخذ الثوب، لكون صبغ الحمرة زيادة في الثوب، فدفع تلك الشبهة **بقوله: وَكَذَا الجَزُورُ**؛ وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الاختيار؛ لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدَّر والنَّسل من الأسمان، وتبقيتها إلى زمان ليحصل مقاصد له منها.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا - أي: يد الشاة والجزور - **هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ**، وبهذا احترز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه لا يُضمِّنه شيئًا، أي: في ذبح الشاة؛ لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما ذكرنا هذه الرواية في أول هذا الفصل بتمامها.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ - كالحمار - **فَقَطَعَ الغَاصِبُ طَرَفَهَا لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا**، وفي تقييد هذه الرواية في حق هذا الحكم بكون الدابة غير مأكول اللحم ليست زيادة فائدة؛ لما أن هذا الحكم منسحب في مأكول اللحم وغير مأكول اللحم؛

لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ العَبْدِ المَمْلُوكِ حَيْثُ يَأْخُذُهُ

وذلك لأنه أثبتت الولاية للمالك في تضمين جميع القيمة فيمن ذبح شاة **بقوله**: وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ - بغير إذنه - فَمَالِكُهَا بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا، ثم قال: وَكَذَا الجَزُورُ، ثم عطف عليه **قوله**: وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا، فعُلم بهذا أن في قطع يد الشاة والجزور تضمين جميع القيمة، فلم تكن الدابة التي هي غير مأكولة اللحم مخصوصة بتضمين جميع القيمة بقطع الطرف منها، هكذا أيضًا ذكر في «المبسوط».

لكن يحتمل أن يكون مراده نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها، وبين إمساك الجثة، وتضمين نقصانها كما هو الثابت في ذبح شاة غيره بغير إذنه؛ لأنه ذكر في «المبسوط» مثل هذا مع إطلاق لفظ الدابة فقال:

وأمَّا الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها، ثم قال: وكذلك لو كانت بقرة أو جزورًا فقطع يدها أو رجلها، أو كانت شاة فذبحها.

فقد أثبت حكم تضمين جميع القيمة في قطع طرف مأكول اللحم من البقر والجزور أيضًا كما ترى، ولكن عطفهما على الدابة، فعُلِم بهذا أن المراد من الدابة الفرس والبغل والحمار.

وذكر اختيار المالك في قطع طرف الحمار أيضًا في صورة مخصوصة في «الذخيرة»، و«المغني» فقال:

وفي «المنتقى»: هشام عن محمد رحمهما الله: رجل قطع يد حمار أو رجله، وكان لما بقي قيمةٌ فله أن يُمسك ويأخذ النقصان، ثم قال: فإن ذبح حمار إنسان ذبحًا فقال صاحبه: إنِّي أُضمِّنه النقصان ولا أُسلِّم الجلد إليه، فإن كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك، وإن قتله فليس له ذلك، قال هشام رحمه الله: لأن ذبحه بمنزلة الدِّباغ، وفي «النوادر»: إذا قطع أذن الدابة يضمن النقصان، وجعل قطع الأذن من الدابة نقصانًا يسيرًا، وكذلك لو قطع ذنبها يضمن النقصان، وعن شريح رحمه الله: إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة، وإن كان لغيره يضمن النقصان.

وقوله: بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ العَبْدِ المَمْلُوكِ، متعلق بما يليه وهو **قوله**: لِلْمَالِكِ أَنْ

مَعَ أَرْشِ المَقْطُوعِ؛ لِأَنَّ الآدَمِيَّ يَبْقَى مُنْتَفَعًا بِهِ بَعْدَ قَطْعِ الطَّرَفِ.

قَالَ: (وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا ضَمِنَ نُقْصَانَهُ وَالثَّوْبُ لِمَالِكِهِ)؛ لِأَنَّ العَيْنَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَيَضْمَنُهُ (وَإِنْ خَرَقَ خَرْقًا كَبِيرًا يُبْطِلَ عَامَّةَ مَنَافِعِهِ فَلِمَالِكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ هَذَا الوَجْهِ فَكَأَنَّهُ أَحْرَقَهُ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ يَتْرُكُ الثَّوْبَ عَلَيْهِ: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ مِنْ وَجْهٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّ العَيْنَ بَاقٍ، وَكَذَا بَعْضُ المَنَافِعِ قَائِمٌ، ثُمَّ إِشَارَةُ الكِتَابِ إِلَى أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَبْطُلُ بِهِ عَامَّةُ المَنَافِعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ العَيْنِ وَجِنْسُ المَنْفَعَةِ وَيَبْقَى بَعْضُ العَيْنِ وَبَعْضُ المَنْفَعَةِ، وَاليَسِيرُ

يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَةِ الدَّابَّةِ، وحاصل الفرق بين قطع طرف الدابة التي هي غير مأكول اللحم وقطع طرف المملوك هو: أن الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكاً من كل وجه، لبقائه صالحًا لعامة ما كان صالحـًا له من قبل، والدابة تصير مُستهلكة بقطع طرف منها؛ فإنه لا ينتفع بها لما هو المقصود من الحمل والركوب بعد هذا القطع، فلذلك كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها.

قوله: وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا ضَمِنَ، ولفظ الثوب هنا يحتمل لما يُلبس كالقميص وهو ظاهر، ولما لم يُلبس كالكرباس، بدليل وضع محمد رحمه الله هذه المسألة فيه فقال: وإذا غصب ثوبـًا وقطعه قميصًا ولم يخطه على ما يذكر، وهذا إنما يتحقق في الكرباس، وبدليل تعليل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أيضـًا في «المبسوط» على ما يذكر.

قوله: لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ هَذَا الوَجْهِ؛ لأن الاستهلاك عبارة عن إتلاف العين، أو إتلاف عامة منافعها، والنقصان عبارة عن تعييب منافعها مع بقاء أصلها.

قوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ العَيْنِ، هذا احتراز عما ذكر قبله: أَنَّ الفَاحِشَ مَا يَبْطُلُ بِهِ عَامَّةُ مَنَافِعِهِ، وعما ذكروا غير ذلك، وحاصل ذلك أن المتأخرين اختلفوا

مَا لا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ المَنْفَعَةِ،

في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش.

بعضهم قالوا: إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدًا فهو فاحش، وإن كان دون ذلك فهو يسير.

وقال بعضهم: إن أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير.

وقال بعضهم: الفاحش ما لا يصلح لثوب ما واليسير ما يصلح.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: ما ذكروا من التحديد من هذه الوجوه الثلاثة لا يصلح بدليل مسألة قطع القميص، فإن محمدًا أثبت لمالك الثوب الخيارَ بعدما قطع القميص، فقال: وإذا غصب ثوبـًا وقطعه قميصـًا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه، ويضمنه ما نقصه القطع، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمته، والثوب بعد ما قطع قميصًا يصلح للقميص إن كان لا يصلح للقباء وأمثاله، والساقط من القيمة أقل من النصف وأقل من الربع، ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشـًا، فالصحيح من الحدِّ ما قاله محمد أن الخرق الفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ العَيْنِ وبعض المنفعة، بأن فات جِنْسُ المَنْفَعَةِ وَيَبْقَى بَعْضُ العَيْنِ وَبَعْضُ المَنْفَعَةِ، وَاليَسِيرُ من الخرق مَا لا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ المَنْفَعَةِ، وإنما تفوت الجودة، ويدخل بسببه نقصان في المالية.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: القطع ثلاثة أنواع: قطع فاحش غير مستأصل للثوب وهو ما بَيَّننا، والحكم ما ذكرنا، وقطع يسير وهو أن يقطع طرفًا من أطراف الثوب فلا يثبت فيه الخيار للمالك، ولكنه يضمنه النقصان، وقطع فاحش مستأصل للثوب، وهو أن يجعل الثوب قطعـًا لا يصلح إلا للخرق ولا يُرغب في شرائه.

وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك إذا كان الحرف فاحشًا، فهو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية، فإن التعييب هناك فاحشًا كان أو يسيرًا كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيءٍ، وبين أن يسلم العين له ويضمنه مثله أو قيمته؛ لأن

وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ النُّقْصَانُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا جَعَلَ فِي الأَصْلِ قَطْعَ الثَّوْبِ نُقْصَانًا فَاحِشًا وَالفَائِتُ بِهِ بَعْضُ المَنَافِعِ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَى قِيلَ لَهُ اقْلَعِ البِنَاءَ وَالغَرْسَ وَرُدَّهَا)

تضمين النقصان متعذر؛ لأنه يؤدي إلى الربا، هذا إذا قطع الثوب قميصًا ولم يخطه، فإن خاطه ينقطع حق المالك عندنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ النُّقْصَانُ؛ - أي: يدخل النقصان في مالية الثوب بسبب فوات الجودة - لِأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ جَعَلَ فِي الأَصْلِ قَطْعَ الثَّوْبِ نُقْصَانًا فَاحِشًا، وقال الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط»:

وإن غصب ثوبًا فقطعه قميصًا ولم يخطه فهو بالخيار، إن شاء ضمن قيمته، وإن شاء أخذ الثوب وضمَّنه ما نقصه القطع؛ لأن القطع نقصان فاحش في الثوب، فإنه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ القباء والقميص، وبعدما قُطع قميصًا لا يصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذي كان يصلح قبل القطع، فكان مستهلكًا من وجه قائمًا من وجه، فإن شاءَ مال صاحبه إلى جانب الاستهلاك وضمَّنه قيمته، وإن شاء مال إلى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمَّنه نقصان القطع؛ لأن الثوب ليس بمال الربا، وتضمين النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعًا.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَى قِيلَ لَهُ اقْلَعِ البِنَاءَ وَالغَرْسَ وَرُدَّهَا، اعلم أن هذا الذي ذكره من الحكم فيما إذا كانت قيمة البناء أقل من قيمة الأرض، وأمَّا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض فلا يقال للغاصب: اقلع البناء ورُدَّ الأرض، بل يضمن الغاصب قيمة الأرض، وهذا أوفق لمسائل الغصب على أصلنا، والدليل على هذا الذي ذكرته ما ذكره في «الذخيرة»، و«المحيط»، و«المغني» فقال: ولو غصب ساحة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك فكان له أن يأخذها.

ثم قال: وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمهما الله أنه ذكر

لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» وَلِأَنَّ مِلْكَ صَاحِبِ الْأَرْضِ بَاقٍ، فَإِنَّ الْأَرْضَ لَمْ تَصِرْ مُسْتَهْلَكَةً وَالْغَصْبُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَلَا بُدَّ لِلْمِلْكِ مِنْ سَبَبٍ فَيُؤْمَرُ الشَّاغِلُ بِتَفْرِيغِهَا، كَمَا إِذَا شَغَلَ ظَرْفَ غَيْرِهِ بِطَعَامِهِ (فَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ تَنْقُصُ بِقَلْعِ ذَلِكَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَ لَهُ قِيمَةَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ مَقْلُوعًا وَيَكُونَانِ لَهُ)؛ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهُمَا وَدَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهُمَا.

في بعض كتبه تفصيلًا فقال: إن كان قيمة الساحة أقل من قيمة البناء ليس له أن يأخذها، وإن كان قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها، وكذا في الساجة إذا كانت قيمتها أقل من قيمة البناء لا يأخذ الساجة، وإذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء له أن يأخذ الساجة.

قال مشايخنا: وهذا قريبٌ من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال: إن من كان في يده لؤلؤة فسقطت اللُّؤلُؤة فابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يُخيَّر صاحب اللُّؤلُؤة، إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها للمالك، وإن شاء ترك اللُّؤلُؤة وضمِن صاحب الدجاجة قيمة اللُّؤلُؤة، وكذلك لو أَوْدَع رجلًا فصيلًا فكبُر الفصيل حتى لم يمكن إخراجه من البيت إلا بنقض الجدار يُنظر إلى أكثرهما قيمةً، ويُخيَّر صاحب الأكثر على ما قلنا.

وفي كتاب «الحيطان»: دخل قرن الشاة في قدر الباقلَّانِيِّ وتعذَّر إخراجه يُنظر أيهما كان أكثر قيمة من الآخر فيُؤمر صاحب أكثرهما قيمة بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه، ويتملك مال صاحبه ويكون مخيرًا بعد ذلك بتلف أيهما شاء، وكذلك إذا كان للمستأجر حبٌّ في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجه إلا بهدم شيءٍ من الحائط يُنظر أيهما أكثر قيمةً، ولو أدخل رجل أُتْرُجَّة رجل في قارورة رجل، فكبُرت الأُترجة فلا خيار لأحد، وضمن الفاعل لصاحب الأُترجة قيمة الأُترجة، ولصاحب القارورة قيمة القارورة، وتكون الأُترجة والقارورة للفاعل بالضمان.

قوله: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»، بتنوين: عِرْقٍ، على وجه الصفة والموصوف، وذكر

وَقَوْلُهُ قِيمَتُهُ مَقْلُوعًا مَعْنَاهُ قِيمَةُ بِنَاءٍ أَوْ شَجَرٍ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ، إذْ لا قَرَارَ لَهُ فِيهِ فَتَقُومُ الأَرْضُ بِدُونِ الشَّجَرِ وَالبِنَاءِ وَتَقُومُ وَبِهَا شَجَرٌ أَوْ بِنَاءٌ، لِصَاحِبِ الأَرْضِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ فَصَاحِبُهُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ أَبْيَضَ وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُ لِلْغَاصِبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصَّبْغُ وَالسَّمْنُ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الثَّوْبِ: لِصَاحِبِهِ أَنْ يَمْسِكَهُ وَيَأْمُرَ

في «المغرب» أي: لذي عرقٍ ظالمٍ، وهو الذي يغرس في الأرض غرسًا على وجه الاغتصاب ليستوجبها، ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن، وأول الحديث فيما ذكره في «الفائق»، و«الغريبين»: «من أحيا أرضاً ميتةً فهي له، وليس لعرق ظالم حق»، ثم قال في «الغريبين»:

قال هشام بن عروة: وهو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرسًا ليستوجب به الأرض.

قوله: مَعْنَاهُ قِيمَةُ بِنَاءٍ أَوْ شَجَرٍ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ، فعلى هذا كانت قيمة الشجر المقلوع أكثر من قيمة الشجر القائم الذي أمر بقلعه؛ لأن المؤنة صُرفت في قلع المقلوع دون القائم، وازدادت قيمة المقلوع لذلك.

قوله: لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ، أي: لأن حق الغاصب في البناء أو الشجر.

قوله: وَبِهَا شَجَرٌ أَوْ بِنَاءٌ، لِصَاحِبِ الأَرْضِ، **وقوله:** لِصَاحِبِ الأَرْضِ، صفة لبناء وشجر، أي: بناء ثابت، أو شجر ثابت لصاحب الأرض الذي له ولاية.

قوله: أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ، لأنه لمَّا كانت هذه الولاية - وهي ولاية القلع - ثابتة لصاحب الأرض فيقوم الأرض هكذا.

لَتَّ السَّوِيق: خلطه، من باب طلب.

الغَاصِبَ بِقَلْعِ الصَّبْغِ بِالقَدْرِ المُمْكِنِ اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمْكِنٌ، بِخِلَافِ السَّمْنِ فِي السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُتَعَذِّرٌ. وَلَنَا مَا بَيَّنَّا أَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الجَانِبَيْنِ وَالخِيَرَةُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ لِكَوْنِهِ صَاحِبَ الأَصْلِ، بِخِلَافِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ النَّقْضَ لَهُ بَعْدَ النَّقْضِ؛ أَمَّا الصَّبْغُ فَيَتَلَاشَى، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا انْصَبَغَ بِهُبُوبِ

قوله: لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمْكِنٌ، أي: بالعصر.

قوله: وَلَنَا مَا بَيَّنَّا أَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الجَانِبَيْنِ، أي: جانبي المالك والغاصب، ولم يذكر فيما قبل بهذه العبارة بعينها، ولكن ما ذكره في تعليل المسألة المذكورة في أوّل هذا الفصل يؤدي معناه إلى أن هذا من باب اعتبار جانب الغاصب وجانب المالك وهو قوله: وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً، إلى آخره، وكذلك قوله في تعليل مسألة غصب الساحة بقوله: وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ إِضْرَارًا بِالغَاصِبِ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبورٌ بالقيمة كان في هذا كله اعتبارٌ للجانبين.

وقوله: بِخِلَافِ السَّاحَةِ، بالحاء المهملة، جواب عن قوله: اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ، يعني: أن في فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم تكن الأرض تنقص بالقلع من غير إثبات الخيار.

قوله: لِأَنَّ النَّقْضَ - أي: الحاصل من البناء المنقوض كالخشب والآجر - لَهُ، أي: للغاصب.

قوله: أَمَّا الصَّبْغُ فَيَتَلَاشَى، ولم يحصل للغاصب منه شيءٌ، فلذلك قلنا بالخيار لصاحب الثوب بين الشيئين المذكورين في الكتاب، لكيلا يفوت حق الغاصب من كل وجه؛ لما بيّنا أن الغاصب وإن كان متعديًا فعصمة ماله ثابتة، فكان جانبه مرعيًّا أيضًا لا محالة، وعلى ما قاله الشافعي رحمه الله يهدر جانب الغاصب من كل وجه.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا انْصَبَغَ بِهُبُوبِ الرِّيحِ، يعني: إذا هبّت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ غيره فانصبغ، فإن هناك لا ضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصبغ منه، وفيما وراء ذلك هما سواء، أي: صبغ الغاصب والانصباغ، كذا في «المبسوط».

الرِّيحِ؛ لِأَنَّهُ لا جِنَايَةَ مِنْ صَاحِبِ الصَّبْغِ لِيَضْمَنَ الثَّوْبَ فَيَتَمَلَّكُ صَاحِبُ الأَصْلِ الصَّبْغَ. قَالَ أَبُو عِصْمَةَ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ: وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوْبِ بَاعَهُ وَيَضْرِبُ بِقِيمَتِهِ أَبْيَضَ وَصَاحِبُ الصَّبْغِ بِمَا زَادَ الصِّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لا يَتَمَلَّكَ الصَّبْغَ بِالقِيمَةِ، وَعِنْدَ امْتِنَاعِهِ تَعَيَّنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ فِي البَيْعِ، وَيَتَأَتَّى هَذَا فِيمَا إِذَا انْصَبَغَ الثَّوْبُ بِنَفْسِهِ، وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا الْوَجْهَ فِي السَّوِيقِ، غَيْرَ أَنَّ السَّوِيقَ مِنْ ذَوَاتِ

وذكر في «الإيضاح»: ولو وقع الثوب في صبغ آخر فانصبغ به ولم يصبغه أحد، فهو لرب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ في قول أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان عصفرًا أو زعفرانًا فربُّ الثوب بالخيار، إن شاء أعطاه مَا زَادَ الصِّبْغُ فِيهِ، وإن شاء امتنع فيباع الثوب فيصرف فيه صاحب الثوب بقيمته أبيض، ويضربُ صاحب الصبغ بقيمة الصبغ في الثوب؛ لأنه لم يوجد من واحدٍ منهما فعل هو سببٌ للضمان فانتفى الضمان وبقيا شريكين فيه.

قوله: لِيَضْمَنَ الثَّوْبَ، **فقوله:** لِيَضْمَنَ، على بناء المفعول من التضمين، **وقوله:** الثَّوْبَ، بالنصب على أنه مفعول ثان، أي: ليضمن صاحب الصبغ الثوب.

قوله: قَالَ أَبُو عِصْمَةَ - أي: المروزي رحمه الله - فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ، أي: في **قوله:** وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ، احترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ، وإن كان حكم مسألة الانصباغ أيضًا كذلك على ما ذكر في الكتاب **بقوله:** وَيَتَأَتَّى هَذَا فِيمَا إِذَا انْصَبَغَ الثَّوْبُ بِنَفْسِهِ، وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا الْوَجْهَ فِي السَّوِيقِ، أي: الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ، أمَّا حكمه في الغصب فقد ذكر بأن صاحب السويق بالخيار، إن شاء ضمَّنه مثل السويق، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد السَّمن.

وأمَّا حكم السويق والسَّمن في الاختلاط بغير فعل أحدٍ فقد ذكر في «الإيضاح» أن السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب، والسمن بمنزلة الصبغ؛ لأن السويق

الأَمْثَالِ فَيَضْمَنُ مِثْلَهُ وَالثَّوْبُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الأَصْلِ: يَضْمَنُ قِيمَةَ السَّوِيقِ؛ لِأَنَّ السَّوِيقَ يَتَفَاوَتُ بِالقَلْيِ فَلَمْ يَبْقَ مِثْلِيًّا. وَقِيلَ المُرَادُ مِنْهُ المِثْلُ سَمَّاهُ بِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ، وَالصُّفْرَةُ كَالحُمْرَةِ. وَلَوْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ فَهُوَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا زِيَادَةٌ.

وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ. وَقِيلَ إِنْ كَانَ ثَوْبًا يُنْقِصُهُ السَّوَادُ فَهُوَ نُقْصَانٌ، وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا يُزِيدُ فِيهِ السَّوَادُ فَهُوَ كَالحُمْرَةِ وَقَدْ عُرِفَ فِي غَيْرِ هَذَا المَوْضِعِ.

وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا تُنْقِصُهُ الحُمْرَةُ بِأَنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فَتَرَاجَعَتْ بِالصَّبْغِ إِلَى عِشْرِينَ، فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُنْظَرُ إِلَى ثَوْبٍ تُزِيدُ فِيهِ الحُمْرَةُ،

أصل والسمن كالتابع له، فإنه يقال: سويقٌ ملتوتٌ، وأمَّا العسل والسمن فكلاهما أصلان.

قوله: سَمَّاهُ بِهِ - أي: سمَّى المثل بالقيمة بتأويل ما يقوم مقامه - لِقِيَامِهِ - أي: لقيام المثل - مَقَامَهُ، أي: مقام المصبوغ.

قوله: وَلَوْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ فَهُوَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، حتى إذا أغصب ثوبًا فصبغه أسود فلصاحب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئًا في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما السواد كالحمرة والصفرة، وقيل: لا اختلاف في الحقيقة، ولكن أبو حنيفة رحمه الله أجاب على ما شاهده في عصره من عادة بني أميَّة، وقد كانوا ممتنعين عن لبس السواد، وهما أجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلُبس السواد، وقد كان أبو يوسف يقول أولًا بقول أبي حنيفة رحمهما الله، فلمَّا قُلِّد القضاء وأمر بلبس السواد احتاج إلى التزام مؤنة في ذلك فرجعَ وقال: السواد زيادة، وقيل: السواد يزيد في قيمة بعض الثياب، وينقص من قيمة بعض الثياب كالقصب ونحوه، وإن كان المغصوب ثوبًا ينقص السواد من قيمته، فالجواب ما قاله أبو حنيفة رحمه الله، وإن كان ثوبًا يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قالا: أنه بمنزلة الحمرة والصفرة، كذا في «المبسوط».

فَإِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً يَأْخُذُ ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّ إِحْدَى الخَمْسَتَيْنِ

قوله: فَإِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً يَأْخُذُ ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ، يعني: ينظر إلى قيمة الصبغ في ثوب يزيد فيه، فإن كانت خمسة فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضًا؛ لأنه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه، واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة دراهم، فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة، وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله، كذا في «المبسوط».

فحصل من هذا كله أن صبغ الثوب لا يخلو: إمَّا أن يكون بالسواد أو بغيره، وكل واحد منهما لا يخلو: إمَّا أن يوجب الزيادة أو النقصان، ثم كل واحد من السواد وغيره إمَّا أن يكون بفعل أحد، أو بغير فعل أحد، ولو كان بفعل أحد فلا يخلو: إما أن يكون ذلك الفاعل صاحب الثوب، أو صاحب الصبغ، أو غيرهما، وذلك الغير إمَّا أن يكون حاضرًا أو غائبًا، وهذه الأقسام كلها مذكورة في «الإيضاح»، ثم الذي ذكر في الكتاب هو الذي ذكرناه فلا يحتاج إلى إعادته.

وأمَّا الذي لم يذكر في الكتاب فهو أن صاحب الثوب لو غصب العصفر وصبغ به ثوبه فهو ضامن لمثل ما أخذ؛ لأنه استهلكه فيضمن المثل إن قدر عليه، وإن لم يقدر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا فيما ينقطع من أيدي الناس، وليس لصاحب العُصفر أن يحبس الثوب في شيء من ذلك؛ لأن الثوب أصل فصار الصبغ فيه كالهالك، والسواد في هذا الوجه بمنزلة العصفر على قول أبي حنيفة رحمه الله أيضًا؛ لأن مالك الثوب مستهلك للسواد، فلا فرق بين أن تزيد قيمة الثوب أو تنقص، ولو وقع الثوب في صبغ أحد فانصبغ فقد ذكرناه.

ولو غصب إنسان ثوبًا من رجل وصبغه بعصفر لآخر، ثم ذهب الفاعل ولا يُعرف مكانه، فالقول فيه كما لو اختلط بغير فعل أحد استحسانًا، والقياس أن لا يكون لصاحب الصبغ على ما في الثوب سبيل؛ لأنه وجبَ الضمان على الغاصب وانقطع حق هذا عن الصبغ، وجه الاستحسان هو أنه إذا لم يُعرف الفاعل، وتعذر إلزام الحكم عليه صار كأنه حصل من غير فعل أحدٍ.

جُبِرَتْ بِالصَّبْغِ.

وممَّا يتصل بمسائل الغصب: ومن فتح رأس تنور إنسان حتى بردَ، فعليه قيمة الحطب مقدار ما يسجر به التنور، ويمكن أن يقال: ينُظر بكم يستأجر التنور المسجور لينتفع به، من غير أن يسجره ثانيًا فيضمن ذلك القدر، أو ينظر إلى أجرته مسجورًا أو غير مسجور، فيضمن تفاوت ما بينهما، كذا في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَعَيَّبَهَا فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهَا مَلَكَهَا) وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الغَصْبَ عُدْوَانٌ مَحْضٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ كَمَا فِي المُدَبَّرِ.

وَلَنَا أَنَّهُ مَلَكَ البَدَلَ بِكَمَالِهِ، وَالمُبْدَلُ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ فَيَمْلِكُهُ دَفْعًا

فصلٌ

لمَّا ذكر مقدمات الغصب كما ذكرنا، وذكر أيضـًا كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان، ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب، كما هو دأب المصنفين في ذلك.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَمْلِكُهَا، بل الجارية باقية على مِلْك مولاها فيستردها إذا ظهرت ويرد ما قبض من القيمة.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ مَلَكَ البَدَلَ بِكَمَالِهِ، أي: ملك مالك الجارية بدلَ جاريته وهو القيمة التي أخذها من الغاصب، فيجب أن يملك الغاصب الجارية دفعًا للضرر عن الغاصب، أو لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، هذا ما اقتضاه لفظ الكتاب.

وقال في «المبسوط»: وبعض المتقدمين من أصحابنا يقول: سبب الملك عندنا تعذر الضمان على الغاصب لكيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وهو معنى قولهم: المضمونات تُملك بالضمان، ولكن هذا غلط؛ لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب، ولهذا نفذَ بيع الغاصب وسُلِّم الكسب له.

لِلضَّرَرِ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ لِحَقِّ الْمُدَبَّرِ، نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ

وبعض المتأخرين يقول: الغصب هو السبب الموجب للملك عند أداء الضمان، وهذا أيضاً وهم؛ فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقةً، ولهذا لا يُسلَّم له الولد، ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان إذا تمَّ له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة، كالبيع الموقوف إذا تمَّ بالإجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة، ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة، والغصب عدوان محضٌ، والملك حكم مشروعٌ مرغوبٌ فيه، فيكون سببه مشروعًا مرغوبًا فيه.

ولا يُصلح أن يجعل العدوان المحض سببًا له، فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع، فالأسلم أن نقول: الغصب موجبٌ ردَّ العين، وردّ القيمة عند تعذر ردّ العين بطريق الجبران مقصودًا بهذا السبب، ثم يثبت الملك به للغاصب شرطًا للقضاء بالقيمة، لا حكماً ثابتًا بالغصب مقصودًا، ولهذا لا يملك الولد؛ لأن الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة، والولد غير مضمون بالقيمة، فهذا بعد الانفصال ليس بتبع لها فلا يثبت هذا الحكم فيه، بخلاف الزيادة المتصلة فإنَّها تبع محض، والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعًا محضًا، وثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل، سواء ثبتَ في المتبوع مقصودًا بسببه، أو شرطاً لغيره.

قلتُ: كأنه نفى بما ذكر من قول بعض المتأخرين ما ذكره في «الأسرار»؛ لأنه قال في «الأسرار»: قال علماؤنا: الغصب يُفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه، وقول الناس: ضمان الغصب يُفيد الملك خطأ؛ لأن الملك ثبت من حين الغصب فهو السبب عندنا كالبيع، ولكن يوجبه عند القضاء ببدل الأصل عند تعذر ردّه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يفيد.

قوله: نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ، وقوله: نَعَمْ، حرف تصديق، ذكر جوابًا لإشكال مقدر وهو أن يقال: لا نسلم بأن المدبَّر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك، بل هو قابل للنقل؛ فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه يجوز البيع ويفسخ التدبير، فأجابَ عنه وقال: نَعَمْ كذلك، إلا أن هناك انفسخ التدبير في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه، فحينئذٍ كان البيع

التَّدْبِيرُ بِالقَضَاءِ لَكِنَّ البَيْعَ بَعْدَهُ يُصَادِفُ القِنَّ.

مصادفًا للقنِّ لا للمدبر، فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق، وأمَّا هاهنا فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه، والمدبَّر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك، ولمَّا كان كذلك كان وجوب الضمان على غاصب المدبر بمقابلة تفويت يد المالك عن المدبر لا بمقابلة الرقبة.

وفي «المبسوط»: فأمَّا المدبر ففي تخريجه طريقان:

أحدهما: أن هناك لا يقول ببقاء العين على ملكه بعد تقرر حقه في القيمة، بل يُجعل زائلًا عن ملكه لتحصيل هذا الشرط، أي: شرط صحة القضاء بالقيمة، فإن شرط صحته بها انعدام الملك في العين، ولهذا لو لم يظهر المدبَّر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المغصوب منه، إلا أنه إذا ظهرَ المدبر يُعاد إليه صيانةً لحق المدبر؛ فإن حق العتق ثبتَ له بالتدبير عندنا.

والثاني: أنَّ في المدبر القيمةُ ليست ببدل عن العين؛ لأنَّ ما هو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذِّر، فيجعل هذا خلفًا عن النقصان الذي حل بيده، ولكن هذا عند الضرورة، ففي كل موضع يمكن اتحاد الشرط فيه لا تتحقق الضرورة، فيجعل بدلًا عن العين، وإذا تعذَّر اتحاد الشرط يجعل خلفًا عن النقصان الذي حل بيده، ونظيره فصلان:

أحدهما: ضمان العتق؛ فإنه بمقابلة العين في كل محل يحتمل اتحاد شرطه وهو تمليك العين، وفيما لا يحتمل اتحاد هذا الشرط كالمدبر، وأم الولد عندهم لا يُجعل بدلًا عن العين، وكذلك ضمان الصلح؛ فإنه إذا أخذ القيمة بالتراضي كان المأخوذ بدلًا عن العين في كل محل يحتمل تمليك العين، وفي كل محل لا يحتمل تمليك العين يُجعل المأخوذ بمقابلة الجناية التي حلت بيده.

فإن قلتَ: لو احتج الخصم على ما ادَّعاه، وهو أن الغاصب لا يملك الجارية وإن أدَّى ضمانها عند التغييب، وكذلك في غيرها لو تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها، كما في جعل الحنطة دقيقًا لا يملكها بالضمان؛ استدلالًا بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والله

قَالَ: (وَالقَوْلُ فِي القِيمَةِ قَوْلُ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لِأَنَّ المَالِكَ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ

تعالى جعل أكل مال الغير قسمين: قسمًا بالباطل، وقسمًا بالتجارة عن تراض، وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون أكلًا بالباطل، والباطل لا يفيد الملك، والمعنى فيه أن الغصب عدوان محض؛ لأنه ليس فيه شبهة الإباحة فلا يكون موجبًا للملك كالقتل، ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة؛ لأن هذا ضمان جبران، فيكون بمقابلة الفائت، والفائت بالغصب يد المالك لا ملكه، فعُلم بهذا أن الضمان بمقابلة ذلك الفائت لا بمقابلة الملك.

ولهذا قلتم: لو هشم قلب فضة إنسان وقضى القاضي عليه بالقيمة، ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء، ولو كان بدلًا عن العين كان صرفًا فيبطل بالافتراق من غير قبض، ولمَّا كان كذلك وجب على المالك رد ما قبض إذا ظهرت الجارية، ويسترد الجارية؛ لأن مثل هذا الخلف يسقط اعتباره عند ظهور العين، كما لو قلع سنَّ إنسان فاستوفي به حولًا، ثم قضى له بالأرش فقبض ثم نبتَ سنُّه يلزمه رد المقبوض من الأرش، واعتمادهم على فصل المدبر؛ فإن الغصب يتحقق في المدبر، وسببُ الملك عندكم لا يتحقق في المدبر، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الآية ففيها بيان أن الأكل بالتجارة عن تراض جائز، لا أن يكون الجواز مقصودًا عليه، ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هاهنا من وجه، فإن المالك هاهنا متمكن من أن يصبر حتى يظهر العين فيأخذ، فحين طالب بالقيمة مع علمه أن من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيًا بذلك؛ لأن من طلبَ شيئًا لا يتوسل إليه إلا بشرطٍ كان راضيًا بالشرط كما يكون راضيًا بمطلوبه.

وأمَّا الجواب عن المعنى الذي ذكر فإنا لا نقول: إن الغصب الذي هو عدوان محض سبب للملك بعينه، بل نقول: إن الضمان الواجب على الغاصب بدل العين، ألا ترى أنه يُقوِّم العين به ويسمى الواجب قيمة العين؛ ولأن الضمان بمقابلة ما هو المقصود، ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كيسه بها، فعرفنا أن الضمان بدل عن العين وإنما يقضي به جبرانًا، والجبران يستدعي الفوات لا محالة؛ لأنه إنما يجبر الفائت دون القائم، فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملكه في عين تقابله ليكون جبرانًا لما هو فائت، وما لا يكن إثباته إلا بشرط، فإذا وقعت الحاجة إلى إثباته يُقدَّم شرطه عليه لا محالة، كما إذا

وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ (إِلَّا أَنْ يُقِيمَ المَالِكُ البَيِّنَةَ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَهُ بِالحُجَّةِ المُلْزِمَةِ.

قال لغيره: أعتق عبدك عنِّي على ألف درهم فأعتقه، يُقدّم التمليك منه على نفوذ العتق عنه ضرورة كونه شرطًا.

إذا تقرر هذا تبيَّن أنَّا نُثبت بالعدوان المحض ما هو حسن مشروع به وهو القضاء بالقيمة جبرانًا لحقه في الغائب، ثم انعدام الملك في العين لمَّا كان من شرط هذا المشروع يثبت فيه فيكون حسنًا بحسنه، فلذلك لا يشترط التقابض؛ لأن شرط التقابض فيما هو سبب للملك مقصودًا لا فيما يثبت شرطًا لغيره، كما لايشترط القبول في قوله: أعتق عبدك عنِي على ألف؛ لأن شرط القبول في سبب ملك مقصودٍ لا فيما هو شرط لغيره، ولهذا قلنا: أن المغصوب وإن كان هالكًا عند القضاء بالقيمة يصير مملوكًا للغاصب؛ لأن الهالك ممَّا لا يقبل التمليك مقصودًا بسببه لا شرطًا لغيره.

وأمَّا الجواب عن المدبر فقد ذكرناه.

ثم بناء مذهبنا على الحديث المعروف وهو حديث الشاة المصلية، وقد ذكرناه حين أمرهم بالتصدق بها، ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها؛ لأن التصدق بملك الغير إذا كان مالكها معلومًا لا يجوز، ولكن يُحفظ عليه عين ملكه، فإن تعذَّر ذلك يُباع فيُحفظ عليه ثمنه، هذا كله من «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنْ يُقِيمَ المَالِكُ البَيِّنَةَ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، أي: حينئذٍ كان القول قول المالك رحمه الله.

اعلم أنه لم يذكر في الكتاب أن الغاصب لو أقام البينة على أن قيمة المغصوب كذا، فيذكر قيمةً هي أقل من التي ادعاها المالك هل تقبل بينته أم لا؟ ولم يذكر أيضًا صورة الدعوى في الغصب، بأن ذكر أوصاف المغصوب هل هو شرط كما في سائر الدعاوي أم لا؟

أمَّا الأول فقال في «الذخيرة»: وإذا اختلف ربُّ الثوب والغاصب في قيمة الثوب وقد استهلكه الغاصب، فالقول قولُ الغاصب مع يمينه؛ لأنه يُنكر الزيادة، والبينة بينة رب الثوب؛

قَالَ: (فَإِنْ ظَهَرَتِ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ وَقَدْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ المَالِكِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا أَوْ بِنُكُولِ الغَاصِبِ عَنِ اليَمِينِ فَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ وَهُوَ الغَاصِبُ)؛ لِأَنَّهُ تَمَّ لَهُ المِلْكُ بِسَبَبٍ اتَّصَلَ بِهِ رِضَا المَالِكِ حَيْثُ ادَّعَى هَذَا المِقْدَارَ.

لأنَّها تُثبت الزيادة وإن لم يكن لرب الثوب بيّنة، وجاء الغاصب ببينته أن قيمة ثوبه كذا، وكذَّبه رب الثوب وسأل يمينه - يعني: يمين الغاصب - فإنه يحلف على دعواه ولا تقبل بينته؛ لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل، قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، وقد تُقبل البينة لإسقاط اليمين، ألا ترى أن المودَع إذا ادَّعى رد الوديعة يُقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك قُبلت بينته، وطريقه ما قلنا.

وكان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله يقول: هذه المسألة عُدَّت مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين مسألة الوديعة وبين هذه المسألة وهو الصحيح.

وأما الثاني فقد ذكر في «المبسوط»، و«الذخيرة» ما يدل على أن ذكر أوصاف المغصوب في الدعوى ليس بشرط، بخلاف سائر الدعاوي، فقال في «الذخيرة»، و«المغني»: قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا ادَّعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له، وأقام على ذلك بينة يُحبس المدَّعى عليه حتى يجيء بها ويردُّها على صاحبها، قال شمس الأئمَّة الحلواني رحمه الله: ينبغي أن تُحفظ هذه المسألة؛ لأنه قال: أقام بينة أنه غصب جارية له، ولم يُبين جنسها وصفتها وقيمتها، فمن المشايخ من قال: تأويل المسألة أنه ذكر الجنس والصفة والقيمة، وقد ذكرنا هذه المسألة من «المبسوط» مرَّة، فإنه ذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر صورة المسألة هكذا فقال:

وكان أبو بكر الأعمش رحمه الله يقول: تأويل هذه المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك؛ لأن الثابت من إقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة، فأمَّا الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب؛ لأن المقصود إثبات الملك للمُدَّعي في المغصوب، ولا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول، فلا بدَّ من الإشارة إلى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة، ثم قال: ولكن الأصح أن هذه الدعوى والشهادة صحيحة لأجل الضرورة، فإن

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ ضَمِنَهُ بِقَوْلِ الغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِهَذَا المِقْدَارِ حَيْثُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَأَخَذَهُ دُونَهَا لِعَدَمِ الحُجَّةِ. وَلَوْ ظَهَرَتِ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا مِثْلَ مَا ضَمَّنَهُ أَوْ دُونَهُ فِي هَذَا الفَصْلِ الأَخِيرِ فَكَذَلِكَ الجَوَابُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ، خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا خِيَارَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ حَيْثُ

الغاصب يكون مُمتنعًا من إحضار المغصوب عادةً، وحين يغصب إنما يتأتّى من الشهود معاينة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المغصوب، فسقطَ اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعذر، ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوّم، فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته بإقراره فيُحبس حتى يجيء به؛ ولأن وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس الفعل، وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضي من القضاء به، وهكذا في «الذخيرة» أيضًا.

قوله: وَأَخَذَهُ دُونَهَا لِعَدَمِ الحُجَّةِ، أي: أخذ المالك ما هو دون قيمة المغصوب كان لعدم الحُجة، وهذا جواب لسؤال مقدَّر وهو أن يقال: ينبغي أن لا يكون للمالك هذا الخيار؛ لأنه لمَّا أخذ القيمة وإن كانت ناقصة قد تمَّ رضاؤه كما في المسألة الأولى، فإنه لمَّا ادعى هناك تلك القيمة قلنا: قد تمَّ رضاه، وهاهنا أيضًا لمَّا أخذ تلك القيمة يقول: قد تمَّ رضاه، فقال في جوابه: لا بل لم يتم رضاه، والذي أخذه لم يدل على رضاه بتلك القيمة؛ لأنه إنما أخذ تلك القيمة للضرورة وهي عدم الحجة، فلا يدل ذلك على رضاه، بخلاف تلك المسألة؛ لأن دعواه تلك القيمة كان باختياره.

قوله: وَلَوْ ظَهَرَتِ العَيْنُ وَقِيمَتُهَا مِثْلَ مَا ضَمَّنَهُ أَوْ دُونَهُ، أي: قيمة المغصوب أقل من الذي ضمنه فهو فِي هَذَا الفَصْلِ الأَخِيرِ، وهو ما إذا كان ضمَّنه بقول الغاصب مع يمينه، فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، أي: فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ، كما لو ظهرت وقيمتها أكثر من الذي ضمنه.

وقوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ، تعليل **قوله**: وَهُوَ الأَصَحُّ.

لَمْ يُعْطِ لَهُ مَا يَدَّعِيهِ وَالخِيَارُ لِفَوَاتِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ فَضَمَّنَهُ المَالِكُ قِيمَتَهُ فَقَدْ جَازَ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ)؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لِثُبُوتِهِ مُسْتَنِدًا أَوْ ضَرُورَةً،

وقال في «المبسوط»: قال الكرخي رحمه الله: هذا - أي: الخيار للمالك - فيما إذا كانت قيمتها بعد ما ظهرت أكثر مما قال الغاصب، فأمَّا إذا كانت قيمتها مثل ما قال الغاصب فلا خيار له في استردادها؛ لأنه يُوفَّر عليه بدل ملكه بكماله.

وفي ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو الصحيح؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بزوال ملكه عن العين إذا لَمْ يُعْطِ مَا يَدَّعِيهِ من القيمة، وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته، وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يَرْضى الإنسان بزوال العين عن ملكه بقيمته.

وقوله: لَمْ يُعْطِ، على بناء المفعول، أي: المالك لم يُعط ما يدَّعيه.

قوله: وَإِنْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ - أي: أعتق الغاصب عن نفسه - لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ، أي: عن الغاصب، أمَّا لو ضمن القيمة، أي: أدَّى قيمة العبد إلى المالك ثم أعتق لا شكَّ أنه يقع عن الغاصب، وأمَّا لو أعتق الغاصب قبل الضمان فأجاز المالك إعتاقه يجوز ويقع عن المالك؛ لأن العتق ممَّا يتوقف.

وقال في «المبسوط» في أثناء الكلام: العتق يتوقف على إجازة مالك ظاهر الملك، فإن المالك لو أجاز العتق عن نفسه عتق من جهته، ولا ينفذ من جهة من يحدث له الملك.

قوله: لِأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لِثُبُوتِهِ مُسْتَنِدًا أَوْ ضَرُورَةً، أي: ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب، فإن المكاتب يملك بيع عبده ولا يملك إعتاقه؛ لأن له ملك يد لا ملك رقبة، والله أعلم.

فإن قلتَ: كما أن ملك الغاصب هنا ناقص لكونه ثابتاً بطريق الاستناد فلم يثبت العتق لذلك على ما ذكر، وكذلك ملك المشتري من الغاصب ناقص أيضاً قبل إجازة المالك البيع لثبوته بطريق الاستناد، ثم إذا أعتق هذا المشتري العبد ثم أجاز المالك البيع، فإن بيع

وَلِهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ دُونَ الأَوْلَادِ، وَالنَّاقِصُ يَكْفِي لِنُفُوذِ البَيْعِ دُونَ العِتْقِ كَمِلْكِ المُكَاتَبِ.

الغاصب وإعتاق المشتري يصح على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، خلافاً لمحمد وزفر رحمهما الله، فما وجه الفرق لهما بين التضمين والإجازة في حق نفوذ العتق في الإجازة دون التضمين؟

قلتُ: إنَّهما يقولان: إن هذا عتقٌ ترتب على سبب ملك تامٍّ فينفذ بنفوذ السبب بالإجازة، كالوارث إذا أعتق عبدًا من التركة وهي مستغرقة بالدين ثمَّ يسقط الدين أو المشتري من الوارث إذا أعتق؛ وذلك لأن العقد الموقوف سبب تام في نفسه، لكن الامتناع من نفوذ الحكم بسبب تضرر المالك فلذلك يتراخى الحكم عنه، وليس من ضرورة تمام السبب اتصال الحكم به بل يتراخي عنه؛ لأن الأسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم، ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب إلى وقت الإجازة ويبقي السبب تامًّا، والدليل على تمام السبب أن الإشهاد على النكاح إنما يعتبر وقت العقد لا عند الإجازة والنكاح ينعقد مع صفة التوقف.

وكذلك الغاصبان إذا تصارفا وتقابضا وافترقا، ثم أجاز المالكان يجوز، وكذلك المبيع يُملك عند الإجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة، فلمَّا كان البيع الموقوف سببًا تامًّا في نفسه وتوقف نفوذ الحكم إلى إجازة المالك، كذلك توقف العتق المبني عليه إلى إجازة المالك أيضـًا فينفذ بنفوذه، بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة؛ لأن المستنَد له حكم الملك لا حقيقة الملك، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة، وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه، وهاهنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك، ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة وعن هذا افترقا.

ثم إنما قيَّد في الكتاب بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازًا عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب؛ فإن فيه روايتين: في رواية يصح إعتاقه وهو الأصح، قياسًا على الوقف؛ فإنه إن أوقفه المشتري من الغاصب ثم ضمنه الغاصب يصح وقفه، وفي رواية لا يصح الإعتاق من المشتري هناك، والفرق لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على هذه

قَالَ: (وَوَلَدُ المَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا، وَثَمَرَةُ البُسْتَانِ المَغْصُوبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الغَاصِبِ إِنْ هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يُتَعَدَّى فِيهَا أَوْ يَطْلُبَهَا مَالِكُهَا فَيَمْنَعُهَا إِيَّاهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: زَوَائِدُ المَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةً كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً لِوُجُودِ الغَصْبِ، وَهُوَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَى مَالِ الغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، كَمَا فِي الظَّبْيَةِ المُخْرَجَةِ مِنَ الحَرَمِ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَى مَالِ الغَيْرِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَ المَالِكِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَيَدُ المَالِكِ مَا كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَى هَذِهِ

الرواية بين إعتاق المشتري من الغاصب مع التضمين وبين إعتاق المشتري من الغاصب مع إجازة المالك هو أن المشتري هناك يملكه من جهة الغاصب، وقد بيَّنا أنه لا يستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يتملكه من جهته؟ فلهذا لا ينفذ عتقه.

وأمَّا في صورة الإجازة إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز، والمجيز كان مالكًا له حقيقةً، فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد على ما قلنا، فلهذا نفذ عتقه، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَوَلَدُ المَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا، كالسِّمَن والجمال، أمَّا الأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فهيَ ليست من قبيل نماء المغصوب؛ لأنه لا يستقيم فيه الاستثناء **بقوله**: إِلَّا أَنْ يُتَعَدَّى فِيهَا أَوْ يَطْلُبَهَا مَالِكُهَا فَيَمْنَعُهَا؛ لما ذكرنا أن الغلَّة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وإن استملكها؛ لما أنَّها عوض عن منافع المغصوب، ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا فكذا بدلها.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: زَوَائِدُ المَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةً كَانَتْ - كالسِّمن والجمال - أَوْ مُنْفَصِلَةً، كالولد.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَى مَالِ الغَيْرِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَ المَالِكِ، فكان الاختلاف على هذا التقدير في هذه المسألة بيننا وبين الشافعي مُبيَّنًا على حد الغصب،

الزِّيَادَةِ حَتَّى يُزِيلَهَا الغَاصِبُ، وَلَوْ اُعْتُبِرَتْ ثَابِتَةً عَلَى الوَلَدِ لا يُزِيلُهَا، إذِ الظَّاهِرُ

وقوله: **عَلَى مَا ذَكَرْنَا**، إشارة إلى ما ذكره في أول الغصب بقوله: **وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ عَلَى وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ.**

فإن قلتَ: هذا الذي ذكره من حد الغصب منقوض طردًا وعكسًا، أمَّا طردًا ففيما إذا غصب الجارية حاملًا وولدت عند الغاصب، فالولد أمانة كما لو لم تكن حاملًا فحبلت في يد الغاصب وولدت، مع أن الغصب ورَدَ على الجارية بجميع أجزائها والولد جزء منها، فيجبُ أن يكون الولد مضمونًا كأمِّه نظرًا إلى طرد هذا الحد وليس كذلك، والرواية في «الأسرار».

وأمَّا عكسًا ففي مسائل:

إحداها: عين هذه المسألة التي نحن فيها، وهي أنه لم يزل يد المالك عن ولدها، سواء كان منعه بعد الطلب أو لم يوجد منه الطلب؛ لأنه لم يكن في يد المالك حتى يُزيله، ومع ذلك يضمنه الغاصب إذا منعه عند الطلب كما إذا غصبه مقصودًا.

والثانية: الغاصب الثاني يضمن للمالك وإن لم يُزل يد المالك، بل أزال يد الغاصب.

والثالثة: أن الملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد يضمن ضمان الغصب، وما أزال يد المالك.

والرابعة: أن المغرور يضمن الولد بالمنع، وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك في حق الولد؛ ولأن الأموال تارة تُضمن بالإتلاف مباشرة وهو ظاهر، وتارة بالإتلاف تسببًا إذا كان التسبيب على طريق التعدي، كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق فماتت فيها شاة، ثم غصبُ الأم وإمساكها إلى وقت الولادة سبب لحصول الزيادة في يده أشد من حفر البئر للتلف، فإن البئر قد يسقط فيها المال أو لا يسقط، ولو سقط قد يتلف أو لا يتلف، والغالب فيه السلامة، وإمساك الأم سبب لحصول الزيادة لا محالة، فإن أهل السوائم يمسكون السوائم للزيادة، خصوصًا ما إذا غصبها وهي حامل، فلما ضمن هناك بالتسبب فأَوْلَى أن يضمن هنا؛ لأنَّهما متساويان في التسبيب بطريق التعدي بإتلاف المال على المالك، وهذا أكثر إفضاء منه

عَدَمُ المَنْعِ، حَتَّى لَوْ مَنَعَ الوَلَدَ بَعْدَ طَلَبِهِ يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا تَعَدَّى فِيهِ كَمَا قَالَ

إلى الإتلاف كما بيَّنا فوجب أن يُضمن؛ ولأن ولد المغصوبة نماء تولد من أصل مضمون بيد متعدية، فيجب أن يحدث مضمونًا كأمه للمالك؛ لما أن الأوصاف القارة في الأمَّهات تسري إلى الأولاد كسائر الأوصاف من الحرية، والرقيَّة، والملك في الشراء.

قلتُ: لا بل ما ذكره من الحد مستقيمٌ غاية الاستقامة، وقد ذكرنا وجه استقامته في أوائل كتاب الغصب.

وأما ما يتراءى نقضًا فليس كذلك، أمَّا الجواب عن المسألة الأولى وهي غصب الجارية حاملًا، فقلنا: إنما لم يضمن ولدها لعدم تحقق حد الغصب الذي ذكرنا في حقه، وهو أن الغصب عبارة عن أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك، والولد لا يُعدّ مالًا متقومًا إلا بعد الولادة، وقبل الولادة يُعد عيبًا في الأمة، ولمَّا لم يكن هو في ذلك الوقت مالًا متقومًا لم يرد الغصب في حقِّه لانعدام شرط الحد، فكان هو وما لو ولدته الجارية بحبل حادث في يد الغاصب سواءً، فكان الدليل في حق الولد الذي وُلد بحبل في يد الغاصب، دليلًا على ولد حدث في يد الغاصب بحبل كان موجودًا وقت الغصب في أن الغصب غير ثابت في حقهما.

وأمَّا الجواب عن المسائل التي سمَّيتها العكسية فشيء واحد يشمل الكل، وهو أن المنع عند الطلب أو الفعل الذي يقوم مقام المنع كترك إشهاد الملتقط بمنزلة الغصب حقيقةً؛ وذلك لأن للمالك ولاية الاسترداد في كل وقت، فلمَّا منعه عن استرداده كان مُزيلًا ليده تقديرًا، فكان حد الغصب موجودًا فيضمن.

وأمَّا الجواب عن قوله: يجب أن يكون الولد مضمونًا على الغاصب لوجود التسبيب منه للإتلاف بطريق التعدي كما في حفر البئر، فقلنا: المتسبب للتلف إنما يضمن إذا كان متعديًا، ولا يضمن إذا لم يكن متعديًا كحافر البئر سواءً، إلا أن التلف بالبئر حقيقي، وأمَّا المال فلا تلف له في نفسه بمجرد الأيدي، بل المال يحصل بالأيدي ويُحفظ بها، وإنما الضمان للمالك على من أزال يده عن ماله بالإتلاف ولم توجد إزالة اليد في حق الزيادة فلا يضمن.

فِي الكِتَابِ: وَذَلِكَ بِأَنْ أَتْلَفَهُ أَوْ ذَبَحَهُ وَأَكَلَهُ أَوْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وَفِي الظَّبْيَةِ المُخْرَجَةِ لا يَضْمَنُ وَلَدَهَا إذَا هَلَكَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الإِرْسَالِ لِعَدَمِ المَنْعِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إذَا هَلَكَ بَعْدَهُ لِوُجُودِ المَنْعِ بَعْدَ طَلَبِ صَاحِبِ الحَقِّ وَهُوَ الشَّرْعُ، عَلَى هَذَا أَكْثَرُ مَشَايِخِنَا. وَلَوْ أَطْلَقَ الجَوَابَ فَهُوَ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، وَلِهَذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، وَيَجِبُ

وأمَّا الجواب عن فصل سراية وصف كون الأم مضموناً إلى الولد فقلنا: إن الملك ثابت في رقبة الأم وصفة لها فيسري إلى ما يتولد منها، وأمَّا الضمان فعبارة عن لزوم حق واللزوم في ذمة الغاصب فإنه صفة له لا للمال، وإنما يوصف المال به مجازًا كما يقال: فلان مغصوب عليه، والغصب صفة للغصبان بخلاف الملك؛ فإنه وصف للمحل حيث يوصف بأنه مملوك حقيقة، فلذلك تعدَّى هو إلى الولد دون كونه مضمونًا، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الأسرار».

قوله: أَوْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وإنما ذكر التسليم؛ لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده، كما لو باع المودَع الوديعة وسلمها فإنه يكون ضامنًا.

فإن قيل: فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد، قلنا: بل فيه تفويت يده؛ لأنه كان متمكناً من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه، فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنًا، كذا في «المبسوط».

قوله: مِنَ الإِرْسَالِ، أي: في الحرم.

قوله: وَلَوْ أَطْلَقَ الجَوَابَ - أي: لو قيل: بوجوب الضمان في ولد الظبية المخرجة من الحرم، سواء هلكَ قبل التمكن من الإرسال، أو هلك بعد التمكن من الإرسال - **فَهُوَ ضَمَانُ جِنَايَةٍ**، أي: إتلاف؛ وذلك لأن صيد الحرم وزوائده كان آمنًا في الحرم صيدًا، وذلك في بُعده عن أيدينا، فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية، فيضمن لذلك بمجرَّد الوقوع في أيدينا، كذا في «الأسرار».

قوله: وَلِهَذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، أي: يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية، فإنه لو أدى

بِالإِعَانَةِ وَالإِشَارَةِ، فَلَأَنْ يَجِبَ بِمَا هُوَ فَوْقَهَا وَهُوَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَى مُسْتَحِقِّ الأَمْنِ

الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

ولكن يحتمل أن يكون معناه: يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج عن الحرم، وهذا أولى؛ لأنه أوفق لرواية «المبسوط» في المناسك، حيث جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال المغصوب إلى يد المغصوب منه، وفي الغصب إذا أوصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيءٍ، ولكن يتكرر وجوب الرد إلى المالك بتكرر الغصب، وكذا هنا.

ولفظ «المبسوط» في المناسك: مُحرم أو حلال أخرج صيدًا من الحرم فإنه يُؤمر برده إلى الحرم؛ لأنه كان بالحرم آمنًا صيدًا، وقد أزال ذلك الأمن عنه بإخراجه، فعليه إعادة أمنه بأن يرده إلى الحرم ويُرسله فيه؛ وهذا لأن كل فاعل هو متعدٍ في فعله فعليه فسخ ذلك الفعل، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «على اليد ما أخذت حتى تُرُدَّه»، ويفسخ فعله بأن يعيد كما كان، فإن أرسله في الحل فعليه جزاؤه؛ لأنه ما أعاده آمناً كما كان، فإن الأمن كان ثابتاً بسبب الحرم، فما لم يصل إلى الحرم لا يعود إليه ذلك الأمن، ولا يخرج الجانِي عن عُهدة فعله بمنزلة الغاصب إذا ردَّه على غير المغصوب منه، فإن وصل إلى الحرم حينئذٍ يبرأ عن جزائه كما إذا وصل المغصوب إلى يد المغصوب منه، هذا الذي ذكره كله في الزوائد المنفصلة.

وأمَّا الزوائد المتصلة كالسِّمن والجمال فهي أمانة أيضاً في يد الغاصب عندنا، حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضَمِن قيمتها وقت الغصب، ولا يضمن الزيادة، وعند الشافعي رحمه الله هي مضمونة أيضاً كما في المنفصلة عنده، وعلى هذا الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زيادة في بدنِها ثم هلكت لم يضمن الغاصب إلا قيمتها وقت الغصب عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها وقتَ الهلاك؛ لأن من أصله أن سبب الضمان إثبات اليد واليد مستدامة، وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك، وذلك بابتداء الغصب فتُعتبر قيمتها عند ذلك.

أمَّا لو باع الجارية بعد ما ازدادت قيمتها بالزيادة المتصلة، أو غصب حيوانًا وزاد في بدنه

أَوْلَى وَأَحْرَى.

قَالَ: (وَمَا نَقَصَتِ الجَارِيَةُ بِالوِلَادَةِ فِي ضَمَانِ الغَاصِبِ،

خيرًا عند الغاصب فباعه الغاصب وسلَّمه إلى المشتري، فإن كان قائمًا أخذه صاحبه، وإن كان هالكًا فهو بالخيار إن شاء ضمَّن الغاصب قيمته يوم الغصب، وإن شاء ضمَّن المشتري قيمته يوم القبض، وليس له أن يُضمِّن البائع قيمته الزائدة بالبيع والتسليم في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: له أن يضمن البائع بالبيع والتسليم قيمته الزائدة، روى هذا الاختلاف ابن سماعة عن محمد رحمهما الله، وفي ظاهر الرواية أنه اختار تضمين البائع له ذلك إن شاء ضمَّنه قيمتها وقت البيع والتسليم.

وجه قولهما أن الزيادة حصلت في يد الغاصب أمانة، وقد تعدَّى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنًا لها بزيادتها، كما لو قتلها بعد حدوث الزيادة، ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب، والغصب لا يتحقق بالمغصوب لوجهين:

أحدهما: أن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بتفويت يد المالك، والتفويت بعد التفويت من واحد في محل واحد لا يتحقق.

والثاني: أن الأسباب مطلوبة لأحكامها، وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مقيد كتكرار البيع بثمن واحد.

وإنما قلنا: أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب؛ لأن ملك المغصوب منه باقٍ بعد بيع الغاصب، وأمَّا الاستهلاك فهو تفويت للعين حقيقة لا غصبًا، وبه وقع الفرق، ألا ترى أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب، والحر يضمن بالإتلاف، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

وقوله: فِي ضَمَانِ الغَاصِبِ، خبر للمبتدأ الذي هو **قوله: وَمَا نَقَصَتِ الجَارِيَةُ بِالوِلَادَةِ،** أي: إذا وجد النقصان في الجارية المغصوبة بسبب الولادة في يد الغاصب فذلك النقصان متقرِّر في ضمان الغاصب، فيجب عليه رد النقصان مع الجارية، حتى أن الرجل إذا غصب

فَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الوَلَدِ وَفَاءٌ بِهِ انْجَبَرَ النُّقْصَانُ بِالوَلَدِ وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَنِ الغَاصِبِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِالوَلَدِ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ مِلْكُهُ فَلَا يَصْلُحُ جَابِرًا لِمِلْكِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الظَّبْيَةِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ أَوْ مَاتَتِ الأُمُّ وَبِالوَلَدِ وَفَاءٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةِ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرِ غَيْرِهِ،

جارية فولدت عند الغاصب ثم ماتَ الولد، فعلى الغاصب رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت في الجارية بسبب الولادة؛ لأن الجارية بسبب الغصب دخلت في ضمان الغاصب بجميع أجزائها، وقد فاتَ جزء مضمون منها فيكون مضمونًا عليه، كما لو فاتَ كلها ضمن الغاصب قيمتها فكذا في جزئها.

قوله: فَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الوَلَدِ وَفَاءٌ بِهِ انْجَبَرَ النُّقْصَانُ بِالوَلَدِ، يعنِي: لو لم يمت الولد ولكن نقصت قيمة الجارية، وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئًا إذا ردَّ الجارية وولدها.

ثم ذكر في «المبسوط»، و«الأسرار» في هذه المسألة خلاف زفر رحمه الله لا غير، ولم يذكر خلاف الشافعي رحمه الله، وذكر في «الإيضاح» كما هو المذكور في الكتاب.

قوله: كَمَا فِي وَلَدِ الظَّبْيَةِ، يعنِي: أن المحرِم أو الحلال إذا أخرج الظبية من الحرم فولدت ولدًا فانتقصت قيمة الظبية بسبب الولادة، وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان، فهناك لا ينجبر ذلك النقصان بقيمة الولد، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب رد الظبية وولدها إلى الحرم.

قوله: أَوْ مَاتَتِ الأُمُّ، أي: بسبب الولادة، هكذا نصَّ في «الأسرار» و«الإيضاح».

قوله: وَبِالوَلَدِ وَفَاءٌ، أي: وبقيمة الولد وفاءٌ.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةِ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرِ غَيْرِهِ، يعنِي: إذا جزَّ صوف شاة غيره ثم نبتَ مكانه صوف آخر، أو قطع قوائم شجر إنسان ثم نبتَ قوائم أخرى

أَوْ خَصَى عَبْدَ غَيْرِهِ أَوْ عَلَّمَهُ الحِرْفَةَ فَأَضْنَاهُ التَّعْلِيمُ.

وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الوِلَادَةُ أَوِ العُلُوقُ،

فإن فيهما لا ينجبر ما نقص بما نبتَ.

قوله: أَوْ خَصَى عَبْدَ غَيْرِهِ، يعني: في خصاء عبد غيره قطع جزء منه، وهو نقصان فيه من حيث فوات الحر ولكن ازدادت قيمته بسبب الخصاء، فللمالك أن يضمنه نقصان الخصية، أي: اعتبارًا بما لم تزدد قيمته تقديرًا، ولا ينجبر ذلك النقصان بازدياد قيمته كما تزداد قيمة الخصيان.

قوله: أَوْ عَلَّمَهُ الحِرْفَةَ - يعني: علمه الحرفة - فَأَضْنَاهُ التَّعْلِيمُ، ولا ينجبر نقصان ما أضناه التعليم بما ازدادت قيمته بسبب تعليم الحرفة.

قوله: وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ، فلا يكون نقصانًا؛ لأن السبب الواحد لمَّا أثَّر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفًا عن النقصان، كالبيع لما أزال المبيع أدخل الثمن في ملكه، فكان الثمن خلفاً عن مالية المبيع لاتحاد السبب، حتى أن الشاهدين لو شهدا على رجل ببيع شيءٍ بمثل قيمته فقضى القاضي له ثم رجعا لم يضمنا شيئاً، فكذلك الأرش المؤدَّى بمقابلة اليد المقطوعة أوجب انعدام النقصان حكماً لاتحاد السبب، فكما ينعدم النقصان إذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقرة فقطع جزء منها ثم رد ذلك الجزء مع الأصل، فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف؛ لأن الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهُوَ الوِلَادَةُ - عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله - أَوِ العُلُوقُ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله، أي: سبب النقصان في الأمة الولادة عندها على ما يجيء بعَيد هذا في مسألة من غصب جارية فزنى بها، وعند أبي حنيفة رحمه الله العلوق، فلذلك لم يضمن عندهما في تلك المسألة لحصول سبب النقصان وهو الولادة في يد المالك، وضمن عنده؛ لأن سبب النقصان وهو العلوق كان عند الغاصب، فلم يوجد تسليمها كما هيَ وقت الغصب.

عَلَى مَا عُرِفَ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لا يُعَدُّ نُقْصَانًا فَلا يُوجِبُ ضَمَانًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ سَقَطَتْ ثَنِيَّتُهَا ثُمَّ نَبَتَتْ أَوْ قُطِعَتْ يَدُ المَغْصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرْشَهَا وَأَدَّاهُ مَعَ العَبْدِ يُحْتَسَبُ عَنْ نُقْصَانِ القَطْعِ، وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ، وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الأُمُّ. وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ أَنَّ الوِلادَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الأُمِّ، إِذِ الوِلادَةُ لا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَبِخِلافِ مَا إِذَا مَاتَ الوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ؛ لِأَنَّهُ

وقوله: عَلَى مَا عُرِفَ، إشارة إليه.

قوله: وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ، أي: ليس الحكم في ولد الظبية كما قال زفر والشافعي رحمهما الله، بأن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد، بل ينجبر فلا يرد نقضًا.

قوله: وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الأُمُّ، أي: المنع فيه ثابت أيضـًا، يعني: إذا غصب الجارية وولدت الجارية في يد الغاصب ولدًا يساوي قيمته قيمة الجارية، ثم ماتت الأم بسبب هذه الولادة على ما ذكرنا، فبقيمة الولد لا تنجبر قيمة الجارية وإن كان في قيمة الولد وفاء، قلنا: لا نسلم بل ينجبر، فعلى هذا لا يرد نقضًا.

قوله: وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ، أي: وتخريج الرواية الثانية في أنه لا ينجبر وهي ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب بقوله: أَنَّ الوِلادَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الأُمِّ ... غَالِبًا، ولمَّا كان كذلك لم يتحد سبب النقصان والزيادة في شيءٍ واحدٍ فلذلك لم ينجبر، وكلامنا فيما إذا اتحد سبب الزيادة والنقصان، كما قلنا في زوال المبيع وحصول الثمن بسبب واحد وهو البيع، فلم يُعد نقصانـًا، وأمَّا هاهنا لمَّا لم يتحد كان الموت بسبب آخر غير الولادة، فلم ينجبر ما انتقص بالموت بما زاد بالولادة.

وذكر في «المبسوط»: فإن ماتت الأم وبالولد وفاء بقيمتها في هذه المسألة ثلاث روايات:

(١) يُروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يُبرأ برد الولد؛ لأن وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه، وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد.

لا بُدَّ مِنْ رَدِّ أَصْلِهِ لِلْبَرَاءَةِ، فَكَذَا لا بُدَّ مِنْ رَدِّ خَلَفِهِ، وَالخِصَاءُ لا يُعَدُّ زِيَادَةً؛ لِأَنَّهُ غَرَضُ بَعْضِ الفَسَقَةِ، وَلا اتِّحَادَ فِي السَّبَبِ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ مِنَ المَسَائِلِ؛ لِأَنَّ

(٢) ورُوي أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد عن ذلك على قيمة الأم؛ لأن الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة، فأمَّا موت الأم فلا يكون بسبب الولادة، ورد القيمة كرد العين، ولو ردَّ عين الجارية كان النقصان منجبِرًا بالولد فكذلك إذا رد قيمتها.

(٣) وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة؛ لأنه لمَّا ماتت تبيَّن أن الولادة كانت موتـًا من أصله، كالجرح إذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلًا من أصله، لا أن يكون جرحًا ثم قتلًا بناء عليه، ومن حيث أن الولادة موت لا يكون موجبة للزيادة، وهذه الخلافة بحكم اتحاد السبب، فإذا انعدم هناك لم يكن الولد جابرًا للنقصان بالولادة، لأنَّا نجعل اتحاد السبب كاتحاد المحل، وهناك يُتصور بالاتفاق أن يكون الحادث خلفًا عن الفائت إذا كان الفائت بعض الأصل كالسِّمن، لا إذا كان الفائت جميع الأصل، فكذلك هاهنا بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خلفًا عن الفائت إذا كان الفائت بعض الأصل، لا إذا كان الفائت كله؛ لأن الحادث تبعٌ والتبع يقتضي قيام المتبوع.

قوله: وَالخِصِيُّ - والأولى أن يقال: وَالخِصَاءُ، على فِعال - **لا يُعَدُّ زِيَادَةً؛ لِأَنَّهُ غَرَضُ بَعْضِ الفَسَقَةِ**، حتى لو غصب عبدًا خصيًّا فهلك في يده يضمن قيمته غير خصيّ على ما يجيء في آخر كتاب الغصب من الكتاب، والذي يؤيد هذا ما ذكره في «التتمَّة»، و«فتاوى قاضي خان» رحمه الله: رجل غصب غلامًا قيمته خمسمائة وخصاه فلمَّا برأ صارت قيمته ألفًا فصاحبه بالخيار، إن شاء ضمَّنه قيمته خمسمائة يوم خصاه، وإن شاء أخذ الغلام ولا شيء له، فعُلِم بهذا أنه لا اعتبار لزيادة قيمته بسبب الخصاء؛ لأنه لو كان له اعتبار لوجب على المالك قيمته ما زاد الخصاء فيه إذا اختار الأخذ، كما في غصب الثوب وصبغه أحمر.

فإن قلتَ: في هذا كله لم يخرج جواب للخصم، فإن الخصم يقول: الولد ملك مالك الجارية فلا يصح أن يكون ملك نفسه جابرًا لملكه، والنقصان حصل في ضمان الغاصب

سَبَبَ النُّقْصَانِ القَطْعُ وَالجَزُّ، وَسَبَبَ الزِّيَادَةِ النُّمُوُّ، وَسَبَبَ النُّقْصَانِ التَّعْلِيمُ،

فوجب عليه ضمان نقصان المغصوب، فلا ينوب ما حصل من الزيادة في ملك المالك مناب الضمان الواجب على الغاصب للمغصوب منه، ويقول أيضـًا: لو كان الولد خلفًا وبدلًا عن النقصان لما بقي الولد ملكـًا للمولى عند ارتفاع نقصان الولادة، إمَّا بازدياد قيمتها، أو بضمان الغاصب كما في سائر الأبدال، حيث لا يجتمع البدل مع المبدل في ملك واحد، وكذلك يقول: ينبغي أن لا يقوم الولد مقام الجزء الفائت بالولادة؛ لأن الولد أمانة في يده؛ لأن زفر رحمه الله يساعدنا في ذلك، والفائت مضمون فكيف تكون الأمانة خلفًا عن المضمون؟ ألا ترى أنه لو دخلها عيب آخر في يده، وفي قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرًا لذلك النقصان؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول: فقد خرج بمطلع التعليل في الكتاب **بقوله: وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ،** إلى أن قال: **وَعِنْدَ ذَلِكَ لا يُعَدُّ نُقْصَانًا،** فلمَّا لم يعد نقصانًا كيف يثبت على الغاصب ضمان النقصان مع أنه لم يثبت النقصان في المغصوب؟ فكان ذلك من المصنِّف رحمه الله منعًا للنقصان الموجب للضمان، فحينئذٍ لا يرد قولهم: فالولد ملكه فلا يصلح جابرًا لملكه.

والدليل على هذا ما ذكره في «الإيضاح» بقوله: حيث قال: قولهم: بأن ملكه لا يجبر ملكه، قلنا: نحن نسعي لمنع ظهور النقصان فلا يحتاج إلى الجبر.

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر أن الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته كما في السِّمن بجعل الحادث خلفـًا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان، فقال: وبهذا ظهر الجواب عن كلامه، يعني: أن ملكه كيف يكون جابرًا لملكه؟ فإنَّا لا نجعل الغاصب مؤديًا للضمان برد الولد، ولكن نُبَرِّئه بانعدام سبب الضمان كما في رد المغصوب، كما كان بعد دخوله في ضمان الغاصب حيث يبرأ الغاصب عن الضمان بالرد، وإنما ينعدم سبب الضمان برد ملك المغصوب، فكون المردود ملكه يقرر على هذا المعنى.

وأمَّا الجواب عن قوله: بأن الولد لو كان بدلًا عن النقصان لما بقي الولد ملكـًا للمولى

وَالزِّيَادَةُ سَبَبُهَا الفَهْمُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا فَحَبِلَتْ ثُمَّ رَدَّهَا وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا،

عند ارتفاع النقصان، كما ذكره في «الأسرار» في جوابه فقال: قلنا: إن الولد لا يبقى بدلًا إذا ارتفع نقصان الولد؛ لأنه لا يبقى مضمون الرد حتى لو هلك لا يلزمه شيء من الضمان بفوت رده؛ لأن الأصل قد وجد ولكن يبقى ملكـًا للمولى؛ لأنه في الملك لم يكن بدلًا عن الفائت؛ لأنه كان ملكـًا له بالتفرُّع عن ملكه لا بأن صار بدلًا عن الفائت، وإنما كان بدلًا بذاته عن الذات الغائب لا بملكه عن الملك الفائت، كما لو ارتفع النقصان بزيادة في بدنها تكون هذه الزيادة خلفًا في الوجود عن ما فات أولًا، وجائز إثبات البدلية بالذات دون الملك، ألا ترى أن التُّراب يكون بدلًا عن الماء وإن كان التراب ملكه والماء ملكه؛ لأنه ليس ببدل ملكـًا بل بدل تطهيرًا عن الحدث، فلمَّا جازت الخلافة هناك في الطهورية دون الملك، فكذلك جازت هاهنا الخلافة في قيام ذات مقام ذات لانعدام النقصان عن الأم لا للملك.

وأمَّا الجواب عن قوله: كيف تكون الأمانة خلفـًا عن المضمون، فما ذكرنا من التعليل المذكور في «المبسوط» بقوله: إنا لا نجعل الغاصب مؤديًا للضمان برد الولد، ولكن نُبرِّئه بانعدام سبب الضمان من الأصل، فلمَّا كان هذا على وجه الإبراء من الأصل لم يرد فيه ما قالوا: أن الأمانة لا تصلح أن تكون خلفـًا عن المضمون، على أن الأمانة تصلح خلفـًا عن المضمون في صورة السِّمن بعد الهزال في يد الغاصب بالاتفاق لاتحاد المحل، فكذلك تصلح الأمانة خلفـًا عن المضمون فيما نحن فيه لاتحاد السبب، وكذلك قيمة الولد لم تصلح جابرًا لنقصان في الجارية بسبب عيب آخر سوى الولادة لعدم اتحاد السبب، ونحن إنما نشترط لجبر النقصان بالزيادة إذا كان سببهما واحدًا كالولادة المورِّثة للزيادة والنقصان في صورة النزاع، وكالبيع بمثل القيمة بالإجماع، وليس في النقصان بسبب آخر اتحاد السبب، فلا يقع الولد جابرًا له، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا فَحَبِلَتْ ثُمَّ رَدَّهَا، ولفظ «الجامع الصغير» للإمام السرخسي رحمه الله تعالى: في الرجل يغصب الأمة فيزني بها فتحبل ثم يردها فتلد وتموت

يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ عَلِقَتْ، وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الحُرَّةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

في نفاسها، ولفظ الإمام المحبوبي رحمه الله: رجل غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردَّها ثمَّ هلكت بالولادة، ولفظ الإمام قاضي خان رحمه الله: رجل غصب جارية فزنى بها فحبلت فردَّها فماتت في نفاسها، فعُلم بلفظ هذه الكتب أن الحبل كان موجودًا وقت الرد، ثم قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في أثر الولادة.

قوله: يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ عَلِقَتْ، إلى أن قال: وَقَالا: لا يَضْمَنُ فِي الأَمَةِ أَيْضًا، وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يضمن نقصان الحبل، ولا يضمن نقصان القيمة، يعني: في زنا الأمة.

فإن قلتَ: لم يذكر في الكتاب ولا في شروح «الجامع الصغير» المتداولة حكم الحد هاهنا، ولا يمكن أن يقال: يحتمل أن لا يجب الحد فيما إذا زنى بأمة غصبها لدخولها في ضمانه؛ لأنه صرح في أواسط غصب «المبسوط» في تعليل مسألة: رجل غصب من رجل جارية فوطئها فولدت، بأنَّ وطء الجارية المغصوبة يوجب الحد على الغاصب دون العقر.

ولا يمكن أيضًا أن يقال: فيجب الحد هاهنا مع ضمان قيمتها؛ لأنه حينئذٍ يكون جمعًا بين الحد والضمان بسبب فعل واحد، فعندنا لا يجب الحد مع الضمان في الزنا، كما لا يجب القطع مع الضمان في السرقة على ما ذكرنا في كتاب الإكراه من «المبسوط»، في مسألة إكراه السلطان رجلًا على الزنا بأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا، وكذلك في الأمة لا يجتمع الحد مع ضمان القيمة، فإنه لمَّا ضمن قيمتها لا يجب الحد؛ لأنه نصَّ في الفصل الثامن من كتاب الحدود من «الذخيرة»: إذا غصب رجل جارية وزنى بها ثم ماتت وضمن قيمتها فلا حدَّ عليه عندهم جميعًا؛ لأن ضمان الغصب يفيد الملك في المضمون من وقت الغصب، فظهر أنَّ ما استوفى كان من ملك نفسه فلا يجب الحد، أمَّا لو زنى بها ثم غصبها بعد ذلك وضمن قيمتها فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يسقط الحد، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله يسقط.

ثمَّ في مسألتنا هذه وجبَ ضمان قيمتها على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا يجب

- رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الْأَمَةِ أَيْضًا).

الحد، فلمَّا كان كذلك لم يمكن إجراء حكم هذه المسألة على أحد هذين الوجهين الضروريين اللذين دارا بين السلب والإيجاب، فما حكم هذه المسألة في حق الحد؟ بيِّن مأجورًا مصاحبًا بالخير موفورًا.

قلتُ: نعم ما أوردتَ تعارض مقتضى هذه المسائل، لكن لولا وجود الغصب في هذه المسألة لقلنا بوجوب الحد وضمان القيمة، كما في مسألة من زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة، معناه: قتلها بفعل الزنى على ما مرَّ في باب الوطء الذي يوجب الحد من كتاب الحدود، ولكن اعتراض الغصب منعنا من الإلحاق بها فقلنا: أنه لا يجب الحد كما في مسألة «الذخيرة»؛ لما أن ضمان الغصب يوجب الملك دون ضمان الجناية.

وبهذا الحكم والمعنى صرَّح الإمام التمرتاشي رحمه الله في حدود «الجامع الصغير» فقال: ولو زنى بجارية ثم قتلها يُحد عندهم؛ لأنه لا يملكها بالضمان حتى يصير شبهة، بخلاف ما لو غصبها فزنى بها فقتلها ثم ضمن قيمتها لم يحد؛ لأن ضمان الغصب يوجب الملك، ثم قال: ولو غصب أمة فزنى بها فماتت قال محمد رحمه الله: الأصح أنه تجب القيمة ولا يجب الحد، فعُلِم بهذا أن وجوب ضمان الجناية مع وجوب الحد يجتمعان، وأمَّا وجوب ضمان الغصب مع وجوب الحد لا يجتمعان.

ويدل على هذا أيضًا ما ذكره الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في حدود «المبسوط» بقوله: رجل زنى بامرأة مُستكرهة فأفضاها فعليه الحد للزنا، فإن كانت تستمسك البول فعليه ثُلث الدية كجراحة الجائفة، فإن أرش الجائفة وأرش الأمة ثلث الدية، وإن كانت لا تستمسك البول فعليه كمال الدية؛ لأنه أفسد عليها عضوًا لا ثانِي له في البدن وهو ما يُستمسك به البول، وفي ذلك كمال الدية، ثم قال: وما يجب بالجناية ليس بدل المستوفي بالوطء حتى يقال: لا يُجمع بينه وبين الحد بل هو بدل المتلف بالجناية، وذلك غير المستوفي بالوطء، فالمستوفي بالوطء ما يملك بالنكاح، والإفضاء لا يكون مستحقًّا بالنكاح.

ولا يشكل علينا ما ذكره في «الذخيرة» على ما ذكرتُ من عدم وجوب الحد عند ضمان

لَهُمَا أَنَّ الرَّدَّ قَدْ صَحَّ، وَالهَلَاكُ بَعْدَهُ بِسَبَبٍ حَدَثَ فِي يَدِ المَالِكِ وَهُوَ الوِلَادَةُ فَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ. كَمَا إِذَا حُمَّتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَتْ. أَوْ زَنَتْ فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا فَجُلِدَتْ فَهَلَكَتْ مِنْهُ، وَكَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ البَائِعِ فَوَلَدَتْ عِنْدَ المُشْتَرِي وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا لَا يَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ.

وَلَهُ أَنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انْعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَفِ وَرُدَّتْ وَفِيهَا ذَلِكَ فَلَمْ يُوجَدِ الرَّدُّ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي أَخَذَ فَلَمْ يَصِحَّ الرَّدُّ، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَنَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ جِنَايَةً فَقُتِلَتْ

القيمة بالموت؛ فإن ذلك الموت حصل في يد

الغاصب قبل الردِّ إلى المالك بعارضٍ غير فعل الزنى، فلمَّا ضمنها تأكد ملكها في الجارية فأورثت ذلك شبهة في وجوب الحد، حتى لو زنى بها ثمَّ غصبها ثمَّ ماتت لم يسقط الحد مع وجوب ضمان قيمتها؛ لأن الضمان الطارئ لا يُورث شبهة في حق الزنا الذي خلا عن الضمان من كل وجه في وقت زنا.

قوله: لَهُمَا أَنَّ الرَّدَّ قَدْ صَحَّ، وَالهَلَاكُ بَعْدَهُ بِسَبَبٍ حَدَثَ فِي يَدِ المَالِكِ وَهُوَ الوِلَادَةُ فَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ؛ وهذا لأن موت الحامل عند الولادة يكون بسبب الولادة لكبر الولد، وضيق محل الخروج، ولهذا يقل الهلاك في الحيوانات، وفي النسوان قد يوجد، كذا ذكره صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: فَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ، - أي: قيمتها، ولكن يضمن نقصان الحبل - كَمَا إِذَا حُمَّتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَتْ، أي: عند المالك، فالغاصب لا يضمن قيمتها ولكن يضمن النقصان، وكذا في الزنا لا يضمن القيمة ولكن يضمن النقصان، وكذلك في مسألة الشراء لا يَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ، ولكن يرجع بنقصان الحبل، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: ألا ترى أن من باع جارية حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل، فولدت عند المشتري ثم ماتت في نفاسها لا يرجع المشتري على البائع بشيء؛ لأن

بِهَا فِي يَدِ المَالِكِ، أَوْ دُفِعَتْ بِهَا بِأَنْ كَانَتِ الجِنَايَةُ خَطأً يُرْجَعُ عَلَى الغَاصِبِ بِكُلِّ القِيمَةِ. كَذَا هَذَا. بِخِلَافِ الحُرَّةِ؛ لِأَنَّهَا لا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ لِيَبْقَى ضَمَانُ الغَصْبِ بَعْدَ فَسَادِ الرَّدِّ. وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ الوَاجِبُ ابْتِدَاءُ التَّسْلِيمِ. وَمَا ذَكَرْنَاهُ

الحادث في ملك الغاصب[1] ليس إلا العلوق والعلوق لا يفضي إلى الهلاك، وإنما المفضي إلى الهلاك الولادة والآلام التي تتصل بها، وحصول الولادة في يد المالك فلا يكون مضافًا إلى العلوق فلم يصح الرد؛ لأن الرد إنما يصح إذا كان مثل الأخذ من جميع الوجوه، ولم يكن كذلك؛ لأن الأخذ وجد وهي فارغة ليس بها ما يحتمل أن يفضي إلى التلف، والرد وجد وهو متردد يحتمل أن يفضي إلى التلف، فإذا تحقق التلف من ذلك الوجه ظهر أن الرد لم يصح، كما إذا حدث في يد الغاصب.

قوله: بِخِلَافِ الحُرَّةِ، بأن كانت مُكرهة على الزنى.

قوله: لا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ، ولهذا لو هلكت عنده لا يُضمن والرد أيضـًا غير واجب، وإذا لم يجب الرد كيف يوصف العدم بالتردد، فأمَّا الأمة فتُضمن بالغصب فيضمن أيضـًا بما انعقد من أسباب التلف في يد الغاصب، فافترقا من هذا الوجه.

قوله: وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ، وهذا جواب عن قولهما: وَكَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ البَائِعِ، إلى آخره، ويُفرق بهذا بين الرد والتسليم ويقول: ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم؛ لأنه يُسلم المبيع ابتداءً كما وقع عليه العقد، وهو أنه مال متقوم وقد وجد ذلك؛ لأنه سلمه كما وقع عليه العقد، وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم، والتردد لا يمنع صحة القبض والتسليم، وأمَّا هاهنا فالواجب على الغاصب نسخ فعله، وذلك إنما يتحقق في الرد كما قبض، وحين ماتت في النفاس فقد تبيَّن أنه ما نسخ فعله الذي هو الغصب بالرد، ولمَّا لم يوجد الرد وجبت عليه قيمتها بالهلاك من ذلك الوجه.

قوله: وَمَا ذَكَرْنَاهُ - أي: وحاصل ما ذكرناه، وهو أن يردها كما غصب سالمة عن الحبل،

---

(١) في نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢) تحت السطر: لعله - أي: لفظ (الغاصب) - البائع.

شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ، وَالزِّنَا سَبَبٌ لِجَلْدٍ مُؤْلِمٍ لا جَارِحٍ وَلا مُتْلِفٍ فَلَمْ يُوجَدِ السَّبَبُ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

قَالَ: (وَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ فَيَغْرَمُ النُّقْصَانَ)

وإنما أدرجنا قولنا: وحاصل؛ لأن عين هذا اللفظ غير مذكور ولا بدَّ منه - شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ، والمشروط لا يتحقق بدون الشرط، فكان الرد غير موجود فيضمن قيمتها لذلك.

قوله: وَالزِّنَا سَبَبٌ لِجَلْدٍ مُؤْلِمٍ، جواب لقولهما: أَوْ زَنَتْ فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا فَجُلِدَتْ فَهَلَكَتْ، حيث لا يضمن الغاصب القيمة فنقول في جوابه: الزنا الذي وُجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم، لا الجلد الجارح، ولا المتلف، ولمَّا جُلدت في يد المالك بجلد متلفٍ كان هذا غير ما أوجبه في يد الغاصب فلا يضمن الغاصب لذلك.

قوله: فَلَمْ يُوجَدِ السَّبَبُ، أي: سبب التلف أو الجرح في يد الغاصب لم يوجد، ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببًا حادثًا حدث في يد المالك فلا يضمنه الغاصب، وكذلك الجواب في مسألة الحُمَّى؛ فإن الهلاك حصل بضعف الطبيعة عن دفع آثار الحُمَّى المتوالية، وذلك لا يحصل بالحُمَّى الأولى التي كانت عند الغاصب، فإن ذلك غير موجب لما بعده فلذلك لم يضمن الغاصب قيمتها، لحصول الهلاك بسبب آخر غير الأول في يد المالك، هذا كله من شرح «الجامع الصغير» للإمام قاضي خان، والمحبوبي وغيرهما.

وممَّا يتصل بهذا ما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله في باب مسائل متفرقة من ديات «الجامع الصغير» من المسألة التي تمسّ الحاجة إليها فقال: رجل جامع امرأته فماتت منه، أو أفضاها لم يضمن، وقال أبو يوسف رحمه الله: يضمن؛ لأنه مأذون بالجماع على وجه لا يُتلِف كالرمي إلى صيد، ولهما أن المجامع يعمل لها بمقتضى شهوتها، ويؤكد حقها في المهر، فكان عمله كعملها، بخلاف الرمي، ولو انكسرت فَخِذَها، أو يدها من الوطء، أو ذهبت عينها فأرش ذلك في ماله في قولهم.

قوله: وَلَا يَضْمَنُ الغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ، إلى قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ:

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُهَا، فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَلا فَرْقَ فِي الْمَذْهَبَيْنِ بَيْنَ مَا إِذَا عَطَّلَهَا أَوْ سَكَنَهَا. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ سَكَنَهَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَإِنْ عَطَّلَهَا لا شَيْءَ عَلَيْهِ.

يَضْمَنُهَا، وهذه المسألة مبنية على أصلين مختلف فيهما بيننا وبينه:

أحدهما: أن المنافع زوائد تحدث في العين شيئًا فشيئًا، وقد بيَّنا أن زوائد المغصوب لا تكون مضمونة على الغاصب عندنا، وتكون مضمونة عند الشافعي رحمه الله، فكذلك المنفعة.

والثاني: أن الغصب الموجب للضمان عنده يحصل بإثبات اليد، واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين، وعندنا لا يتحقق إلا بيدٍ مُفوِّتة ليد المالك، وذلك لا يتحقق في المنافع؛ لأنَّها لا تبقى وقتين، فلا يتصور كونها في يد المالك ثم انتقالها إلى يد الغاصب حتى تكون يد الغاصب مفوِّتة يد المالك، فلذلك لا يضمن المنافع بالغصب عندنا، فأمَّا الإتلاف فنقول: عندنا المنافع لا تُضمن بالإتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد، وعند الشافعي رحمه الله تضمن، ومنفعة المال ومنفعة الحر في ذلك سواءٌ، حتى لو استَسْخر حرًّا واستعمله عنده يضمن أجر مثله، وعندنا يأثم ويُؤدَّب على ما صنع ولكنه لا يضمن شيئًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا فَرْقَ فِي الْمَذْهَبَيْنِ - أي: في مذهبنا بعدم الضمان وفي مذهب الشافعي رحمه الله بالضمان - **بَيْنَ مَا إِذَا عَطَّلَهَا أَوْ سَكَنَهَا**، أي: في حق الحكم وهو عدم الضمان عندنا والضمان عنده، ولكن قد يُفرق بينهما فيقال للتعطيل: غصبُ المنافع، وللسكنى والركوب وغيرهما من الاستعمال: إتلاف المنافع، وقد نصَّ في «الأسرار» بقوله: المنافع لا تضمن بالإتلاف، وقال الشافعي رحمه الله: تضمن، ثم قال: وإتلاف المنافع في الانتفاع بالعين.

ويقع الفرق بينهما في حق الحكم عند الشافعي رحمه الله أيضًا في حق الحر؛ فإنه إذا غصبه وأمسكه زمانًا أو أزمنة لم يضمن منافعه؛ لأن الحر في يد نفسه ومنافعه تلفت معه، فلم يضمن لعدم إثبات يد الغاصب كما لا يضمن نفسه إذا تلفت، وأمَّا إذا استخدمه فأتلف عليه ضمنَ، بخلاف العبد فإنه يصير في يد الغاصب مغصوبًا، فكذا المنفعة معه بمنزلة ولد المغصوبة، وسائر الزوائد، فيضمن في كلا الوجهين عنده في العبد.

لَهُ أَنَّ المَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ حَتَّى تُضْمَنَ بِالعُقُودِ فَكَذَا بِالغُصُوبِ.

قوله: لَهُ أَنَّ المَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ؛ وذلك لأن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا ممَّا هو غيرنا، والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة، وإنما تُعرف مالية الشيء بالتموُّل، والناس يعتادون تموُّل المنفعة بالتجارة فيها، وقد يُستأجر المرء جملة ويؤاجر متفرقاً لابتغاء الربح، كما يشترى جملة ويبيع متفرقاً.

قوله: حَتَّى تُضْمَنَ بِالعُقُودِ، سواء كان العقد صحيحًا أو فاسدًا، وإنما يُملك ويُضمن بالعقد ما هو متقوّم، وحجتنا في ذلك حديث عُمر وعلي رضي الله عنهما، فإنَّهما حكما في ولد المغرور أنه حر بالقيمة، وأوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها، ولم يُوجبا قيمة الخدمة مع علمهما أن المغرور كان يستخدمها، ومع طلب المدَّعي لجميع حقه، فلو كان ذلك واجبًا له لما حلَّ لهما السكوت عن بيانه، وبيان العقر منهما لا يكون بيانًا لقيمة الخدمة؛ لأن المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة، بخلاف المنفعة، كذا في «المبسوط».

ولأنا نقول: أن إتلاف المنفعة لا يُتصور فلا يجب الضمان؛ وذلك لأنه لو تصوَّر إما أن يُتصور قبل وجود المنفعة، أو مقارنًا للوجود، أو بعد الوجود، لا وجه للأول؛ لأنَّها معدومة والمعدوم غير قابل للإتلاف، ولا وجه للثاني؛ لأن الإتلاف إذا طرأ على الموجود يبطل الوجود، وإذا قارن الوجود يمنع من الوجود والإتلاف إنما يرد على الموجود، ولا وجه للثالث؛ لأنَّها إذا وُجدت فنيت، فكان بعد الوجود زمان الفناء، وزمان الفناء زمان العدم، وإتلاف الشيء في زمان عدمه لا يتصور؛ لما قلنا: أن الإتلاف على المعدوم لا يرد؛ ولأن الإتلاف قطع البقاء، وإخراجه من أن يكون منتفعًا به، بحيث لولاه لبقيَ منتفعًا به ظاهرًا، وقطع البقاء فيما لا يحتمل البقاء لا يتصور، دلَّ أن إتلاف المنافع لا يتصور فلا يجب الضمان.

فإن قيل: إتلافها بعد الوجود، لكن فناؤها بعد الوجود لا يمنع إضافة الفناء إلى فعله إذا حصل عقيب فعله، كما أن شراء القريب عندكم إعتاق، وهو كما اشترى عتق ومع ذلك يُضاف عتقه إلى المشتري لوجوده عقيب فعله، وكذلك المقتول ميِّت بأجله ولكن أضيف

وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِ الغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ إِذْ هِيَ لَمْ تَكُنْ حَادِثَةً فِي يَدِ المَالِكِ؛ لِأَنَّهَا أَعْرَاضٌ لا تَبْقَى فَيَمْلِكُهَا دَفْعًا لِحَاجَتِهِ، وَالإِنْسَانُ لا يَضْمَنُ مِلْكَهُ، كَيْفَ وَأَنَّهُ لا يَتَحَقَّقُ غَصْبُهَا وَإِتْلَافُهَا؛ لِأَنَّهُ لا بَقَاءَ لَهَا، وَلِأَنَّهَا لا تُمَاثِلُ الأَعْيَانَ لِسُرْعَةِ فَنَائِهَا وَبَقَاءِ الأَعْيَانِ،

موته إلى القاتل حتى وجب جزاؤه لوجوده عقيب فعله.

قلنا: كيف يتصور إفناؤها وهي كما وجدت فنيت، وإفناء الفاني لا يتصور، وأمَّا الذي يُضاف إلى فعله فيما ذكرتَ قلنا: إنما يضاف إلى فعله إذا حصل عقيب فعله أن لو جاز ظاهرًا أن يبقى إذا لم يتصل فعله به، أمَّا المنفعة بعد الوجود فتفنى لا محالة فلا يمكن إضافة فنائها إلى فعله؛ لأن فعله إتلاف وإتلاف الشيء بعد فنائه لا يصح، كذا في طريقة بعض المشايخ.

قوله: وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَتْ فِيْ مِلْكِ الغَاصِبِ؛ لأنَّها حدثت بفعله وفعلُه كسبه، والكسبُ علة لثبوت الملك في المكسوب للكاسب؛ وذلك لأن المنفعة عبارة عن اللذة والراحة من دفع الحرِّ والبرد وغيرهما يحصل بالانتفاع، والانتفاع بفعله وكسبه فكان المنفعة ملكاً له، **وقوله:** لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ، أي: في تصرفه وقدرته على وجه صرفها إلى حاجته دون غيره.

قوله: وَلِأَنَّهَا لا تُمَاثِلُ الأَعْيَانَ لِسُرْعَةِ فَنَائِهَا وَبَقَاءِ الأَعْيَانِ، أي: الأعيان خير من المنافع لسرعة فناء المنافع وبقاء الأعيان، والمماثلة مشروطة في العدوان، قال الله تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، فلذلك لا يضمن بالأعيان التي هي الدراهم والدنانير، ألا ترى أن المماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المماثلة بين العين والمنفعة، ومع ذلك لم يضمن المنفعة بالمنفعة عند الإتلاف، حتى أن الحَجر في خانٍ واحد على تقطيع واحد لا تكون منفعة إحداهما مثلًا لمنفعة الأخرى عند الإتلاف، فلأَن لا تُضمن المنفعة بالعين مع ظهور زيادة عدم المماثلة بينهما أوْلَى.

فإن قيل: يشكل على ما ذكر من عدم المماثلة بين الأعيان والمنافع بسبب سرعة فناء المنافع وبقاء الأعيان مسألتان:

وَقَدْ عَرَفْتَ هَذِهِ المَآخِذَ فِي المُخْتَلِفِ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا،

إحداهما: أن من أتلف ما يُسرع إليه الفساد نضمنه بالدراهم التي تبقى ولا تفسد، فعُلِم بهذا أنه لا اعتبار لعدم المماثلة بينهما من حيث الفناء والبقاء، والثانية: أن الوصي لو استأجر لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم يجوز، ولو كان بينهما تفاوت من هذا الوجه الذي ذكرتَ لما جاز؛ إذ هو منهي عن قربان مال اليتيم إلا بالوجه الأحسن.

قلنا: أمَّا الأولى: فإن التساوي بين المالين إنما يُعتبر حال إقامة أحدهما مقام الآخر دون التفاوت في البقاء، والمقصود مجرد البقاء لا أن يكون بقاء هذا مثل بقاء ذلك من كل وجه؛ لأن البقاء بعد الإقامة ليس من موجب الغصب والعدوان، وحال الوقوع هما جميعًا ممَّا يبقيان زمانين وأكثر، وجوهران قائمان بأنفسهما، فتفاوتهما في أزمنة بعد الوقوع في البقاء ليس من الغصب، فكان هذا هدرًا في حق ضمانه، كالتفاوت بين المبيع والثمن من حيث ينمو المبيع من الحيوانات بنفسه دون الثمن.

وأمَّا الثانية: فإن الوصي كما يستأجر لليتيم ذلك فكذلك يشتري العبد بالعبد وبينهما تفاوت، وفي الغصب يمنع عن هذا، فعُلِم بهذا أن القليل من التفاوت الذي لا يعتبر عينًا في التجارات لا يحجر الوصي عنه، والتفاوت الذي بين الجوهر والعرض لا يعد عينًا في الأسواق؛ وهذا لأن ضمان العقود في الأصل بني على التراضي لا على التساوي، بل الأرباح إنما تحصل عند التفاوت، والشرط في الوصي هو أن لا يتجرّ في مال الصبي ممَّا يتعارف عيبًا في الأسواق، لا المماثلة من كل وجه، وأمَّا ضمان العدوان فمبنيٌّ على المثل في أصله، فلمَّا لم يوجد هذا الوصف يقينًا لم يكن من موجب الغصب، إلى هذا أشار في «الأسرار».

فإن قلتَ: لو قال الخصم: إن المنافع أموال حقيقة وحكمًا، أمَّا حقيقةً فلما ذكرنا أن المال اسم لما خُلق لمصالحنا من جملة ما في العالم سوانا، والمنافع سوانا وهي مخلوقة لمصالحنا فكانت مالًا، وأمَّا الحكم فمسائل كثيرة: وهي أن من ملك التجارة بإذن كالعبد المأذون، والوصي، والأب يملك الإجارة، واسم التجارة يقع على مبادلة المال بالمال.

وكذلك المذهب عندكم أن الحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بدلًا عما هو مالٌ كالبياعات، ويثبت بدلًا عما ليس بمال كالمهر والدية ثم لا يثبت بدلًا عن المنفعة، علم أن للمنفعة حكم

بَلْ تُقَوَّمُ ضَرُورَةً عِنْدَ وُرُودِ العَقْدِ وَلَمْ يُوجَدِ العَقْدُ، إِلَّا أَنَّ مَا انْتُقِصَ بِاسْتِعْمَالِهِ

المال، وكذلك المنافع تصلح مهرًا والمهر لا يصلح إلا بما هو مال؛ لقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، وبالإجماع؛ ولأن اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعـًا بالعقد، صحيحـًا كان أو فاسدًا عُلم أن المنفعة متقوّمة؛ لما أن الاعتياض عمَّا ليس بمتقوم من نحو الخمر، وحبة السِّمسم لا يجوز.

وكذلك القضاء بالعقد عند الوطء بشُبهة دليلٌ على وجوب الأجر عند إتلاف المنافع في الأحوال كلها؛ لأن المتلَف هاهنا منافع؛ ولأن المماثلة ليست بمشروطة من كل وجه في باب العدوان أيضـًا، ألا ترى أن من أتلف ما لا مثل له من الأموال فإنه يضمن القيمة، وبين المتلَف والقيمة نوع تفاوت.

وكذلك إن أعمى إنسانـًا خطأ ضمن الدية، والاستدلال بوجهين:

أحدهما: أن العين وصف وما ضمِنَه موصوف.

والثانِي: أنه لا مساواة بين العين والدية في المالية، فعُلِم أنه لا تُشترط المساواة من كل وجه في باب العدوان أيضـًا؛ ولأن التفاوت لو كان ثابتًا من حيث أن الدراهم عين والمنافع عرض، ولكن يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم، وللزجر عن إتلاف منافع أموال الناس؛ ولأن المتلَف عليه مظلوم يسقط حقُّه إذا أُعتبر هذا التفاوت، ومراعاة جانب المظلوم أَوْلَى من مراعاة جانب الظالم، مع أن هذا التفاوت بزيادة وصف، فلو لم يعتبره يسقط به حق المتلَف عن الصفة، ولو اعتبرناه سقطَ به حق المتلَف عليه عن أصل المالية، وإذا لم يكن بُدّ من إهدار أحدهما فإهدار الصفة عن الظالم أَوْلَى من إهدار الأصل في حق المظلوم، فكانت أولوية رعاية جانب المظلوم بطريقين فيجبُ مراعاة جانبه، ما جوابنا عن هذا المجموع؟

قلتُ: أمَّا قوله: إن المنافع أموال حقيقةً، فقلنا: لا نسلم؛ وذلك لأن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتموّل، والتمول صيانة الشيء وادِّخاره لوقت الحاجة، وإنما قلنا: إن التمول عبارة عن صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، لا عن الانتفاع بالإتلاف؛ لأن الأكل والشرب لا يُسمى تمولًا؛ لأن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار

مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لِاسْتِهْلَاكِهِ بَعْضَ أَجْزَاءِ الْعَيْنِ.

صفة التمول والادِّخار لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنَّها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يُتصور فيها التمول، ولهذا لا يتمول في حق الغرماء والورثة، حتى أن المريض إذا أعان إنسانًا بيديه، أو أعاره شيئًا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث.

وكذلك قالوا: من كان له نصاب زكاة من مال التجارة فاستأجر دُورًا للتجارة بطل الحول، كما لو تزوَّج به امرأة أو اشترى به مالًا للبذلة، ولو كان للمنافع حكم المال حقيقة لَمَا انقطع بها النصاب إذا أراد بها التجارة وإن كانت تبقى سنة، كما إذا اشترى بها الخضروات للتجارة، ولئن سلّمنا أن لها حكم المال ولكن ليس لها صفة التقوم؛ لأن التقوم لا يسبق الوجود، فإن المعدوم لا يُوصف بأنه متقوم؛ إذ المعدوم ليس بشيء، وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز؛ لأن التقوم إنما يكون بعد الإحراز، ألا ترى أن الصيد والحشيش غير متقوم قبل الإحراز وإن كان عينًا، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوّمًا.

وعن هذا قلنا: إن الإتلاف لا يتصور في المنفعة؛ لأن فعل الإتلاف لا يُحل المعدوم، وبعد الوجود لا يبقى ليحل فعل الإتلاف، وإثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز، فعُلِم بهذا أنَّها لو جعلت أموالًا أيضًا لا يتحقق فيه صورة المسألة التي تنازُعْنا فيها، وهي إتلاف المنافع، فلا يترتب على مباشرها حكم إتلاف الأموال، ثم إنما يكون للمنفعة في العقد حكم الإحراز والتقوم شرعًا بخلاف القياس، فكان ذلك باعتبار إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة لأجل الحاجة والضرورة، ولا يتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة.

وأمَّا ما ذكر من مسائل العقود بقوله: إن من ملكَ التجارة بإذن كالعبد المأذون، أو الوصي، أو الأب، يملك الإجارة، فقد قلنا مرَّة: إن التفاوت القليل الذي لا يعتبر عيبًا في التجارات لا يحجر الوصي وغيره من التجارة في مثله، والتفاوت الذي بين الجوهر والعرض لا يعد عيبًا في الأسواق.

....

وأمَّا قوله: والحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بدلًا عن المنفعة كما لا يثبت دينًا في الذمة بدلًا عن المال، قلنا: عدم ثبوت الحيوان دينًا في الذمة بدلًا عن المنفعة، لا باعتبار أن للمنفعة حكم المال؛ بل لأن المنفعة هي المعقود عليها في الإجارة، وهي غير مملوكة للمستأجر في الحال؛ لأنَّها معدومة، ثم لو صحَّ الحيوان دينًا في الذمة أجرة لصاحب الدار لم تبق المساواة بين العوضين، وهو معنى الربا فلم يجز لذلك، وقد ذكرناه في أوائل الإجارة.

وأمَّا قوله: والمنافع تصلح مهرًا والمهر مال بالنص، قلنا: لا نسلم أن تصلح المنافع مطلقـًا للمهر؛ وذلك لأن عندنا إنَّما يصلح للمهر منفعة العبد وهي الخدمة بأمر المولى، واستخدامه يتضمن تسليم الرقبة ورقبته مال.

وأمَّا لو تزوج حر امرأةً على خدمته سنةً، أو على تعليم القرآن، فلا يصح ذلك مهرًا عندنا، خلافـًا للشافعي رحمه الله؛ لما أن المنافع ليست بمال على ما ذكرناه في النكاح، وأمَّا اعتياض المال عن المنفعة فصحيح شرعًا؛ لأن ضمان العقد أمر مشروع، وفي المشروع يُعتبر الوسع والإمكان، ولذلك يجب الضمان هناك باعتبار التراضي فاسدًا كان العقد أو جائزًا، فيسقط اعتبار التفات الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد، فأمَّا الإتلاف فمحظور غير مشروع وضمانه مُقيَّد بالمثل بالنص، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلَف بسبب الإتلاف.

وأمَّا مسألة العقد فقد قلنا: إن المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين، ولهذا يتقوم عند الشبهة، بخلاف المنفعة.

وأمَّا قوله: إن من أتلف ما لا مثل له من الأموال يضمن القيمة، قلنا: إن الواجب بالإتلاف مثله قيمة بلا تفاوت بالنص، والأموال بعضها مثل البعض من حيث المالية وإن كانت تتفاوت من حيث الصورة، فأوجبنا ما يمكننا وهو التسوية من حيث التقوم والمالية، وسقط عنا ما لا يمكننا في التسوية لعجزنا، وأمَّا فيما نحن فيه فلا مساواة بين العين والمنفعة من حيث المالية أيضـًا، فلم يوجب لذلك.

وأمَّا الجواب عن إعماء العين قلنا: العين نفسها جوهر قائم بنفسه، فكان وجوب

....

الأرش أو الدية بمقابلة العين لا بمقابلة المنفعة.

وأمَّا قوله: لا مساواة بين العين والدية في المالية، قلنا: كان القياس أن لا تجب الدية، وإنما وجبت شرعًا بخلاف القياس على ما يجيء إن شاء الله تعالى، فلا يقاس عليه غيره.

وأمَّا الجواب عن قوله: فرعاية جانب المظلوم أَوْلَى من رعاية جانب الظالم لوجهين، قلنا: قد أوجبنا على الظالم الذي هو الغاصب التعزير، والحبس للزجر عن الغصب، وأمَّا وجوب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لا تجوز الزيادة عليه، فالظالم لا يُظلم بل يُنتصف منه مع قيام حرمة ماله، فكان ما قلناه أَوْلَى لوجهين:

أحدهما: أن حق المتلف عليه لا يُهدر بل يتأخر إلى الآخرة، وذلك تأخير يحصل لا بصُنعنا بل لعجزنا، فلا يكون علينا وباله، ولو أوجبنا عوضًا زائدًا كان إيجابًا منا فيكون وباله علينا، فلا يحل لنا تعدي حد الشرع لإيفاء حقٍّ؛ ولأن الزيادة جور، وإنَّها لا تحل بحال، ولا يجوز أن يجب شرعًا، فأمَّا سقوط ضمان الحقوق في الدنيا فجائز شرعًا، وحاصله أن حق المظلوم فيما قلنا لا يُهدر بل يتأخر إلى الآخرة، ولو أوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدرًا في حق المتلف فيبطل حقه عنه أصلًا، فكان ما قلناه من اعتبار المماثلة، والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة، أعدل من هذا الوجه، هذا كله من «المبسوط»، و«الأسرار» وغيرهما.

ثم مسألة فتح رأس التنور المسجور لإنسان حتى يرد عليه قيمة الحطب، على ما ذكرنا قبل هذا في مسألة صبغ الثوب المغصوب، يُتَراءى أنه بمنزلة غصب المنافع، فقد أوجبنا فيه قيمة الحطب مع أن غصب المنافع غير مضمونة عندنا، ولكن هو ليس من قبيل ذلك؛ لأن غصب المنافع عبارة عن تعطيل العين مع بقاء العين لتلك المنفعة، كالركوب على الدابة، وأمَّا هاهنا فقد أتلف ما هو المقصود لصاحب التنور من تسجيره، حيث لم يبق التنور صالحًا لذلك المقصود، فصار هذا بمنزلة استهلاك العين فلذلك ضَمِن الحطب، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي غَصْبِ مَا لَا يَتَقَوَّمُ)

قَالَ: (وَإِذَا أَتْلَفَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَوْ خِنْزِيرَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا، فَإِنْ أَتْلَفَهُمَا لِمُسْلِمٍ لَمْ يَضْمَنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَضْمَنُهَا لِلذِّمِّيِّ أَيْضًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أَتْلَفَهُمَا ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ أَوْ بَاعَهُمَا الذِّمِّيُّ مِنَ الذِّمِّيِّ. لَهُ أَنَّهُ سَقَطَ تَقَوُّمُهُمَا فِي حَقِّ

فصل في غصب مـا لا يتقوم

لمَّا فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الأصل؛ لأن الغصب بحدِّه الذي ذكرنا إنما يتحقق فيه، شرعَ في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضيَّة أن يصير متقومًا، إمَّا باعتبار ديانة المغصوب منه بأنه متقوّم، أو بتغييره في نفسه إلى التقوّم.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أَتْلَفَهُمَا ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ، فحاصل الأقسام في هذه المسألة على أربعة أوجه: وهي إتلاف المسلم خمرَ المسلم، والذمي خمرَ المسلمَ، والذمي خمرَ الذمي، والمسلم خمر الذمي، ففي الأوليين لا ضمان على المتلِف، وفي الآخرين على المتلف الضمان عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله؛ فإن عنده لا ضمان في إتلاف الخمر في جميع الصور.

أمَّا عدم الضمان في إتلاف المسلم خمرَ المسلم فظاهر؛ لأنَّهما دانا على أن لا يُقوّم للخمر والضمان يتبع التقوّم، وأمَّا في إتلاف الذمي خمر المسلم فليس على المتلِف الضمان وإن كان يعتقد التقوّم؛ لما أن الضمان حق المتلَف عليه، واعتقاده على عدم التقوم كان بمنزلة الإبراء للمتلِف عن الضمان.

وذكر في «المبسوط»: وحُجتنا في ذلك قول عمر رضي الله عنه: «حين سأل عُمَّاله: ماذا

المُسْلِمِ فَكَذَا فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لَنَا فِي الأَحْكَامِ فَلَا يَجِبُ بِإِتْلَافِهِمَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ. وَلَنَا أَنَّ التَّقْوِيمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ، إِذِ الخَمْرُ لَهُمْ كَالخَلِّ لَنَا وَالخِنْزِيرُ لَهُمْ كَالشَّاةِ لَنَا. وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ وَالسَّيْفُ مَوْضُوعٌ

تصنعون بما يُمرّ به أهل الذمة من الخمور؟ فقالوا: نُعشِّرها، فقال: لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها»، فقد جعلها مالًا متقومًا في حقهم، حيث جوَّز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن.

قوله: وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ، فإن قلتَ: يُشكل على هذا ما إذا مات المجوسي عن اثنين، أحدهما امرأته فإنَّها لا تستحق بالزوجية شيئًا مع أن أعتقادهم بأن هذا النكاح صحيح، وفيما صحَّ النكاح ترِث المرأة عن زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع، وهاهنا لا مانع في اعتقادهم، ثم لم نتركهم في هذا وما يدينون.

قلتُ: الملازمة فيه غير ثابتة في جميع الصور؛ لأنه ليس من ضرورة صحة النكاح استحقاق الميراث، ألا ترى أن التوارث ممتنعٌ بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح، مع أن أهل الذمة لا يتوارثون بأنكحة المحارم، فلذلك لم تستحق بنته بالزوجية هناك.

وأمّا الضمان مع استهلاك المتقوم يتلازمان في جميع الصور، وهم اعتقدوا بتقوّم الخمر، فكان علينا أن نتركهم وما يدينون فوجب الضمان لذلك، ثم في تركنا إيَّاهم وما يدينون ليس بتوسعة للأمر عليهم، بل فيه استدارج، وترك لهم على الجهل، وتمهيد لعقوبة الآخرة، والخلود في النار، وتحقيق لقول النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر».

وبهذا تبيَّن فساد ما قال: إن اعتقاده لا يكون حجة على المتلِف؛ لأنَّا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده، ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم، ثم وجوب الضمان بالإتلاف لا يكون المَحِلُّ مالًا متقومًا، ولكن شرط سقوط الضمان بالإتلاف انعدام المالية والتقوم في المحل، وهذا الشرط في حقهم لم يثبت مع أنا لمَّا ضمَّنا بعقد الذمة وعصمة مالهم

فَيَتَعَذَّرُ الإِلْزَامُ، وَإِذَا بَقِيَ التَّقَوُّمُ فَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ مُتَقَوِّمٍ فَيَضْمَنُهُ. بِخِلَافِ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ؛ لِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الأَدْيَانِ لا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا، إِلَّا أَنَّهُ تَجِبُ قِيمَةُ الخَمْرِ وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِهِ لِكَوْنِهِ

وترك التعرض لهم قد التزمنا حفظها وحمايتها لهم، والعصمة والإحراز يتمُّ بهذا الحفظ، ووجوب الضمان بالإتلاف يبتني على ذلك، فكان هذا من ضرورة ما ضمَّناه بعقد الذمة، إلى هذا أشار في غصب «المبسوط» ونكاحه.

قوله: وَإِذَا بَقِيَ التَّقَوُّمُ فَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ مُتَقَوِّمٍ فَيَضْمَنُهُ، فإن قلتَ: ما الفرق بين ما إذا أتلف خمر الذمي وهو مسلم حيث تجب القيمة وهي مسألتنا، وبين ما إذا أتلف خمر الذمي والمتلِف أيضاً ذمي ثم أسلم، فلا يجب عليه شيء لا عين الخمر ولا قيمتها على قول أبي يوسف، وهي رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله، والرواية في «المبسوط»، مع أن الدليل يقتضي وجوب القيمة عليه بالطريق الأولى هناك؛ لأن الإسلام المقارن في المتلِف لمَّا لم يمنع ضمان قيمة الخمر، لَأَن لا يمنع عنه الإسلام الطارئ بالطريق الأوْلَى.

قلتُ: يجيء جوابه بُعيد هذا مكشوف القناع، مبين السطاع، منوِّر الطباع مع ما يتلاحق به، وينضم إليه.

قوله: بِخِلَافِ الْمَيْتَةِ، حيث لا يجب على متلفها ضمان، ثم هذا الحكم في الميتة هي الميتة التي ماتت حتف أنفها.

وأمَّا الجواب في موقوذة المجوسي الصحيح أن المسلم يضمنها بالغصب والإتلاف، وهوقول أبي يوسف، وقد رُوي عن محمد رحمهما الله أنه لا يضمنها كالميتة والدم؛ لأنَّها ليست بمال في اعتقاد أهل الذمة، وقد أُمرنا أن نبني أحكام المجوسي على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «سنُّوا بالمجوس سنة أهل الكتاب»، إلا أن هذا ضعيف؛ فإن في حكم الأنكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير أن نبنِي ذلك على اعتقاد أهل الكتاب، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَ - أي: الخمر على تأويل الشراب، و(إن) هذه للوصل، أي: مع أن

إِعْزَازًا لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَتِ الْمُبَايَعَةُ بَيْنَ الذِّمِّيِّينَ؛ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ

الخمر - مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، عند من يجعلها متقوّمة يجب على المسلم قيمتها؛ لكونه مأمورًا بالاجتناب منها، وفي تمليكها قربان منها.

وقوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَتِ، متعلق بقوله: لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِهِ، أي: إذا جرت المبايعة في الخمر بين ذميين، أو وُجد استهلاك الخمر فيما بينهما يجب مثل الخمر لا قيمتها.

وذكر في «المبسوط»: ولو غصب نصراني من نصراني خمرًا فاستهلكها فعليه مثلها؛ لأن الخمر من ذوات الأمثال، والمصير إلى القيمة في ذوات الأمثال عند العجز عن أداء المثل، وذلك في حق المسلم دون النصراني؛ لأنه قادر على تمليك الخمر من غيره بعوض، ولهذا جازت المبايعة في الخمر بينهم، وإن أسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شيء له على المستهلك؛ لأن الخمر في حق المسلم ليست بمال متقوم، فكان بإسلامه مُبَرِّئًا للمستهلك على ما كان في ذمته من الخمر.

وكذلك لو أسلما؛ لأن في إسلامها إسلام الطالب، ولو أسلم المطلوب وحده، أو أسلم المطلوب ثم الطالب فعلى قول أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله فالجواب كذلك، أي: فلا شيء للطالب على المستهلك من الضمان، وفي قول محمد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله على المطلوب قيمة الخمر، فوجه قول محمد رحمه الله ظاهر، وهو أن الإسلام الطارئ بعد تقرّر سب الضمان يجعل كالمقترن بالسبب، ثم اقتران إسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة، فكذلك الطارئ، بخلاف إسلام الطالب؛ وذلك لأن خمر الذمي يجوز أن تكون مضمونة في يد المسلم، فكذلك يجوز أن تكون مضمونة في يد المسلم.

وأمّا أبو يوسف رحمه الله فيقول: تعذُّر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب الإسلام فلا تجب القيمة، وتحقيقه: أنه لمّا وجب الخمر بالسبب دينًا في الذمة لم يمكن إيجاب القيمة باعتبار أصل السبب، ولم يمكن أيضًا إيجاب القيمة عوضًا عمّا كان في الذمة؛ لأن شرطها تمليك ما في الذمة بها، أي: تمليك الخمر الواجب في الذمة لمن عليه بمقابلة قيمة الخمر

عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا. وَهَذَا بِخِلَافِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ المُرْتَدِّ يَكُونُ لِلذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الِاسْتِخْفَافِ بِالدِّينِ،

التي يأخذها منه، والذميُّ لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم بعوض، كما أنَّ المسلم لا يتملك الخمر بعوض، فلانعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة، كما لو هشمَ قُلب فضَّة إنسان ثم تَلِف المكسور في يد صاحب القُلْب، ليس له أن يضمن الكاسر شيئًا؛ لأن شرط تضمين القيمة تمليك المكسور منه وذلك فائت، وبه فارق الإسلام المقارن؛ لأن وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك، فإنه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير أن تكون موجبًا للملك في المحل عند التعذر، كما في غصب المدبر.

قوله: لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ، أي: بعدم الجواز، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»؛ وهذا لأن ذلك فسق منهم في الاعتقاد لا ديانة، وقد ثبتَ بالنص حُرمة الربا في اعتقادهم، قال الله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١]، كذا في «المبسوط».

قوله: وَبِخِلَافِ العَبْدِ المُرْتَدِّ، معطوف على: بِخِلَافِ الرِّبَا، وكلاهما متعلقان **بقوله: لِأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ**، يعني: أن الذمي متروك بما هو عليه من اعتقاده من حِلِّ الخمر على ما ذكر قبل هذا، ونحن أُمرنا بأن نتركهم وما يدينون، فكذلك إذا أتلف المسلم خمرَ الذي يضمن، فورد على هذا الأصل إشكال وهو استحلالهم الربا اعتقادًا، فأجاب عنه، ثم ورد عليه العبد المرتد للذمي، فإن المسلم إذا أتلفه لا يضمن للذمي، وإن كان الذمي يعتقد أن العبد المرتد مال متقوم، وأنه مُحق في اعتقاده عند نفسه، ومع ذلك لم يصر اعتقاده حُجة في إيجاب الضمان على المتلِف، وهو المقيس عليه للشافعي رحمه الله في مسألة الخمر، فأجاب عنه **بقوله: لِأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُ**؛ - أي: للعبد المرتد للذمي - لِمَا فِيهِ - أي: لما في ترك التعرض - مِنَ الِاسْتِخْفَافِ بِالدِّينِ.

وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا إِذَا كَانَ لِمَنْ يُبِيحُهُ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْمُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ.

قَالَ: (فَإِنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَلِصَاحِبِ الخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذَ جِلْدَ المَيْتَةِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ)، وَالمُرَادُ بِالفَصْلِ الأَوَّلِ إِذَا خَلَّلَهَا بِالنَّقْلِ مِنَ الشَّمْسِ إِلَى الظِّلِّ وَمِنْهُ إِلَى الشَّمْسِ، وَبِالفَصْلِ الثَّانِي إِذَا دَبَغَهُ بِمَا لَهُ قِيمَةٌ كَالقَرَظِ وَالعَفْصِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَالفَرْقُ أَنَّ هَذَا التَّخْلِيلَ تَطْهِيرٌ لَهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ النَّجِسِ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ إِذْ لا تَثْبُتُ المَالِيَّةُ بِهِ وَبِهَذَا

ولكن يُشكل على هذا التعليل مسألة من أتلف صليبًا على نصراني يضمن قيمته صليبًا، وفي ترك التعرض في حقيَّة عبادة الصليب على اعتقادهم استخفاف للدين، ومع ذلك قلنا بوجوب قيمة الصليب عملًا باعتقادهم، لا بنفس النُّقرة، أو الصُّفر، أو غير ذلك، فأجاب عنه في «الإيضاح» فقال: لأن النصراني مقرٌّ على ذلك.

وكذلك قوله: وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، يتعلق بقوله: وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ، يعني: لمَّا أمرنا بأن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه مع أن اعتقادهم في ذلك باطل من كل وجه، حتى وجب الضمان على مُتلِف خمرهم عملًا باعتقادهم في التقوم، كذلك وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوا من حقيَّة اجتهادهم مع احتمال ذلك بالطريق الأولى، فحينئذٍ يجب علينا أن نقول: بوجوب ضمان من أتلف الشاة المذبوحة بترك التسمية عامدًا؛ لأن اعتقاد الشافعي رحمه الله وأصحابه أنَّها مال متقوم، فأجاب عنه بقوله: لِأَنَّ وِلَايَةَ المُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ، معهم، فلمَّا كانت المحاجة باقية فقد ثبتَ لنا بالنص القطعي أن متروك التسمية عامدًا حرام، فلذلك لم نعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان.

وقوله: وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ - أي: عمدًا - إِذَا كَانَ لِمَنْ يُبِيحُهُ، وهو الشافعي رحمه الله ومن تابعه.

القَرَظُ: بفتحتين ورق السَّلم يُدبغ به، ومنه: أديمٌ مقروظٌ، وبالفارسية (برغنج)،

الدِّبَاغِ اتَّصَلَ بِالجِلْدِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ لِلْغَاصِبِ كَالصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ فَلِهَذَا يَأْخُذُ الخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذُ الجِلْدَ وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ. وَبَيَانُهُ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى قِيمَتِهِ ذَكِيًّا غَيْرَ مَدْبُوغٍ، وَإِلَى قِيمَتِهِ مَدْبُوغًا فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الحَبْسِ فِي البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَهْلَكَهُمَا ضَمِنَ الخَلَّ وَلَمْ يَضْمَنَ الجِلْدَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَضْمَنُ الجِلْدَ مَدْبُوغًا وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ) وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لا يَضْمَنُهُ بِالإِجْمَاعِ. أَمَّا الخَلُّ؛ فَلِأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَى مِلْكِ مَالِكِهِ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ ضَمِنَهُ

وَالعَفْصُ: (مازو).

قوله: وَيَأْخُذُ الجِلْدَ وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ، على بناء الفاعل، أي: المالك يأخذ ويعطي.

فإن قيل: إذا لم يكن لجلد الميتة قيمةٌ بماذا يُعرف قيمة ما زاد الدباغ فيه؟ قلنا: أن ينظر إلى هذا الجلد لو كان ذكيًّا، إلى آخره وهو المذكور في الكتاب.

قال القدوري رحمه الله: في «كتابه»: إنما يكون لصاحب الجلد إذا أخذ الدباغ الجلد من منزله، فأمّا إذا ألقى صاحبه في الطريق فأخذه رجل جلدها ودبغه فليس للمالك أن يأخذ الجلد، وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضـًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَالَا: يَضْمَنُ الجِلْدَ مَدْبُوغًا وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ، على بناء المفعول، أي: ويعطي الذي دبغه ثم استهلكه، هذا محمول على اختلاف جنس ما ضمن وما أعطى على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَلَوْ هَلَكَ، أي: كل واحد من الخل والجلد المدبوغ.

وقوله: أَمَّا الخَلُّ؛ فَلِأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَى مِلْكِ مَالِكِهِ، إلى آخره، دليل صورة الاستهلاك بالضمان، أو عدم الضمان على ما اختلفوا.

بِالإِتْلَافِ، يَجِبُ مِثْلُهُ؛ لِأَنَّ الخَلَّ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ. وَأَمَّا الجِلْدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ المَالِكِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فَيَضْمَنُهُ مَدْبُوغًا بِالِاسْتِهْلَاكِ وَيُعْطِيهِ المَالِكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ، كَمَا إِذَا غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ وَيَضْمَنُهُ

ولم يذكر الدليل لقوله: وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لا يَضْمَنُهُ بِالإِجْمَاعِ؛ لأن دليله ظاهر، وهو أنه لو ضمن لا يخلو: إمَّا أن يضمن بقيمته يوم الغصب، أو يوم الهلاك، ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب؛ لأنه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب، ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضـًا؛ لأنه لم يوجد منه فعل في هلاكه، والضمان لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدي.

قوله: كَمَا لَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ يَضْمَنُهُ وَيُعْطِيه المَالِكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وهذا لمعنيين:

أحدهما: أن الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم، وقد وجد ذلك لما بقيَ الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالًا متقومًا كما في الثوب، إلا أن هناك السبب الأول هو الغصب موجب للضمان أيضـًا، فله أن يضمنه بأي السببين شاء، وهاهنا السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان، فتعيَّن التضمين بالسبب الثاني، فكان هو في هذا السبب كغيره، ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يُضمن المستهلك، ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه.

والثاني: وهو أنه لمَّا بقي الجلد مضمون الرد عليه، فإذا تعذر رد عينه بالاستهلاك يجبُ عليه رد قيمته؛ لأنه بالاستهلاك فوَّت ما كان مستحقًّا عليه والتفويت موجب للضمان، بخلاف الهلاك؛ فإن التفويت لم يوجد هناك فلا يضمن، كما في المستعار حيث يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك، وكذلك لو دبغه بشيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك.

وحُجة أبي حنيفة رحمه الله في ذلك هو أن المغصوب منه استفاد المالية والتقوم في هذا الجلد من الغاصب ببدلٍ استوجبه الغاصب عليه، فلا يكون له أن يضمنه شيئـًا بعد استهلاكه، كما لو استهلك البائعُ المبيعَ قبل التسليم، وتقريره من وجهين:

وَيُعْطِيه المَالِكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، فَإِذَا فَوَّتَهُ عَلَيْهِ خَلَفَهُ قِيمَتَهُ كَمَا فِي المُسْتَعَارِ. وَبِهَذَا فَارَقَ الهَلَاكُ بِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُمَا يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَى اخْتِلَافِ الجِنْسِ. أَمَّا عِنْدَ اتِّحَادِهِ فَيَطْرَحُ عَنْهُ ذَلِكَ القَدْرَ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ البَاقِي لِعَدَمِ الفَائِدَةِ فِي الأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيْهِ.

وَلَهُ أَنَّ التَّقَوُّمَ حَصَلَ بِصُنْعِ الغَاصِبِ وَصَنْعَتُهُ مُتَقَوِّمَةٌ لِاسْتِعْمَالِهِ مَالًا مُتَقَوِّمًا فِيهِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ فَكَانَ حَقًّا لَهُ وَالجِلْدُ تَبَعٌ لَهُ فِي حَقِّ التَّقَوُّمِ، ثُمَّ الأَصْلُ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ فَكَذَا التَّابِعُ، كَمَا إِذَا

أحدهما: أن الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار ما زاد الدباغ فيه؛ لأن ذلك كان مملوكًا له قبل الاتصال بالجلد، وبعد الاتصال بقيَ حقًّا له حتى كان له أن يحبسه ليستوفي بدله، والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضمونًا عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ، وبه فارق الثوب؛ فإن الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان، وبه فارق ما إذا دبغه بشيءٍ لا قيمة له؛ لأن الصفة ما بقيت حقًّا للغاصب بعد الاتصال بالجلد، ولهذا لا يحبسه ولا يرجع ببدله.

والثاني: أنَّ ما اتصل بالجلد من الصفة هاهنا مال متقوم للغاصب حقيقةً وحكمًا، وهو قائم من كل وجه، وقد كان مالًا قبل الاتصال بالجلد وبقي بعده كذلك، فأمَّا أصل الجلد فلم يكن مالًا متقومًا قبل الدباغ، وما كان مالًا بنفسه ومتصلًا بغيره يترجح على ما لم يكن مالًا قبل الاتصال وإنما صار مالًا بالاتصال، فتكون العبرة للراجح، واستهلاكه فيه غير موجب للضمان، بخلاف الثوب؛ لأن الأصل هناك كان مالًا قبل الاتصال، ولمَّا استويا في صفة المالية رجحنا ما هو الأصل، وإذا دبغه بشيء لا قيمة له فالوصف هاهنا ليس بمال لا قبل الاتصال ولا بعده، والأصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الأصل لهذا، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَا فِي المُسْتَعَارِ، أي: في التفويت والفوات.

هَلَكَ مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ، بِخِلَافِ وُجُوبِ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ؛ لِأَنَّهُ يَتْبَعُ المِلْكَ، وَالجِلْدُ غَيْرُ تَابِعٍ لِلصَّنْعَةِ فِي حَقِّ المِلْكِ لِثُبُوتِهِ قَبْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ الذَّكِيِّ وَالثَّوْبِ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ فِيهِمَا كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الدَّبْغِ وَالصَّبْغِ فَلَمْ يَكُنْ تَابِعًا لِلصَّنْعَةِ، وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ المَالِكُ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَى الغَاصِبِ فِي هَذَا الوَجْهِ وَيُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الجِلْدَ لا قِيمَةَ لَهُ، بِخِلَافِ صَبْغِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ قِيمَةً. وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ عَجَزَ الغَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ، وَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ وَيُعْطِيهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا فِي الِاسْتِهْلَاكِ. وَقِيلَ يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ ذَكِيٍّ غَيْرِ مَدْبُوغٍ، وَلَوْ دَبَغَهُ بِمَا لا قِيمَةَ لَهُ كَالتُّرَابِ وَالشَّمْسِ فَهُوَ لِمَالِكِهِ بِلا شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ. وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ الغَاصِبُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَدْبُوغًا.

قوله: فَأَرَادَ المَالِكُ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَى الغَاصِبِ فِي هَذَا الوَجْهِ - أي: في الوجه الذي دبغه بشيءٍ متقوم - وَيُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، أي: مطلقًا من غير ذكر خلاف.

قوله: وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: مقيدًا بقول أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا عندهما فله ولاية التضمين، فكان القول الثاني غير الأول؛ لأن المقيد غير المطلق.

قوله: ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ، أي: على قولهما؛ لأن الكلام فيما إذا دبغه بشيءٍ له قيمة، وفيه التضمين عندهما في الاستهلاك.

قوله: وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ الغَاصِبُ - أي: جلد الميتة الذي دبغه بشيءٍ لا قيمة له - يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَدْبُوغًا، وهذا بالإجماع.

وهكذا نصَّ في «الذخيرة» وغيرها، فقال في «الذخيرة»: وإذا استهلكه الغاصب فإن

وَقِيلَ طَاهِرًا غَيْرَ مَدْبُوغٍ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الدِّبَاغَةِ هُوَ الَّذِي حَصَّلَهُ فَلَا يَضْمَنُهُ.

وَجْهُ الْأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ أَنَّ صِفَةَ الدِّبَاغَةِ تَابِعَةٌ لِلْجِلْدِ فَلَا تُفْرَدُ عَنْهُ، وَإِذَا صَارَ الْأَصْلُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَكَذَا صِفَتُهُ، وَلَوْ خَلَّلَ الْخَمْرَ بِإِلْقَاءِ الْمِلْحِ فِيهِ

دبغه بشيءٍ لا قيمة له ضَمِنه في قولهم جميعًا؛ لأنه صار مالًا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه، فكانت المالية والتقوم جميعًا حقًّا للمالك فيضمن بالاستهلاك.

قوله: وَقِيلَ طَاهِرًا غَيْرَ مَدْبُوغٍ، وفي «المبسوط»: ومن أصحابنا من يقول: يُضمنه قيمته طاهرًا غير مدبوغ؛ لأن صفة الدباغ حصلت بفعله فلا يوجب الضمان عليه، ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله، بل يتميّز الجلد من الدسومات النجسة، وأكثرهم على أن يضمنه قيمته مدبوغًا؛ لأن صفة الدباغ هاهنا تبع للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد، ولهذا لا يغرم باعتبارها شيئًا، فإذا صار أصل الجلد مضمونًا عليه بالاستهلاك فكذلك ما تبعه كالخمر إذا خللها.

وذكر في «الإيضاح»، و«الذخيرة» بعد ما ذكر دباغة الغاصب جلدَ الذكية والميتة فقال: وفي «القدوري»: لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديمًا، أو زِقًّا، أو دفترًا، أو جِرابًا، أو فروًا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب، فكان هو أولى، فإن كان الجلد ذكيًا فله قيمته يوم الغصب، وإن كان الجلد جلد ميتة فلا شيء له.

قوله: وَلَوْ خَلَّلَ الْخَمْرَ بِإِلْقَاءِ الْمِلْحِ، إلى آخره، وحاصله أن التخليل على وجوه ثلاثة:

(١) إمَّا أن خللها بالنقل من الظل إلى الشمس (٢) أو بإلقاء الملح فيه (٣) أو بصبِّ الخل فيه.

ففي الوجه الأول: الخل لصاحب الخمر بغير شيءٍ؛ لأنه عين ماله، وإنما أزال صفة الخمرية بغير ثمن، فصار كما لو تخلَّلت بنفسها، وهو وغسل الثوب النجس سواءٌ، فإن استهلكه الغاصب بعد ذلك ضمِن مثله؛ لأنه استهلك مالًا متقومًا خالصًا للمالك.

فإن خللها بإلقاء الملح فيه اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هذا والأول سواءٌ؛

قَالُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ.

لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر، وقال بعضهم: على قول أبي حنيفة رحمه الله الخل للغاصب؛ لأنه استهلاك، إلا أن الخمر لم تكن متقومةً والملح كان متقوماً، فيترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شيء، وعلى قولهما: للمالك أن يأخذ الخل ويعطيه ما زاد الملح فيه، كما في دبغ الجلد، وصبغ الثوب، فإن أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيه روايتان: في رواية له ذلك كما في جلد الميتة، وفي رواية ليس له ذلك.

وأمَّا إذا خللها بصب الخمر فيها اختلف المشايخ فيه أيضاً، قال بعضهم: على قول أبي حنيفة رحمه الله يكون للغاصب بغير شيء، سواء صار خلًّا من ساعته، أو بمرور الأيام؛ لأن الخلط استهلاك واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان، وعلى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إن صار خلًّا بمرور الزمان كان بينهما على قدر كَيْلَيْهما؛ لأنه لم يصر استهلاكاً، بل صار في التقدير كأنه صبَّ في الخل، وَإِنْ صَارَ خَلًّا مِنْ سَاعَتِهِ صار للغاصب ولا ضمان عليه؛ لأنه استهلاك.

وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ظاهر الجواب فيها: أنه يقسم بينهما على قدر كيلهما، سواءٌ صارت خلًّا من ساعتها أو بعد حين، أمَّا عندهما فلا يشكل؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده الخلط يوجب زوال الملك بشرط الضمان، والضمان هنا متعذر؛ لأن خمر المسلم لا يضمن بالإتلاف، فصار كما لو انصب خلَّه في خمره لا بصنعه، وثمَّة يكون مشتركاً بينهما على قدر كيليهما، كذلك هاهنا، فإن استهلكه الغاصب ينبغي أن يكون ضامنًا عند الكل على هذا القول، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير».

وقوله: قَالُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ، إلى آخره، فيه إشارة إلى أن فيه اختلاف المشايخ على ما ذكرنا؛ لأن لفظ: قَالُوا، إنما يستعملونه فيما فيه اختلاف؛ إذ حكم الإجماع يعلم بإجراء اللفظ على إطلاقه بدونه، فلا بدَّ لذكره من فائدة وهي ما ذكرنا.

قوله: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ؛ لأنه استهلاك، إلا أن الخمر لم تكن متقوّمة والملح كان

وَعِنْدَهُمَا أَخَذَهُ المَالِكُ وَأَعْطَى مَا زَادَ المِلْحُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَبْغِ الجِلْدِ، وَمَعْنَاهُ هَاهُنَا أَنْ يُعْطِيَ مِثْلَ وَزْنِ المِلْحِ مِنَ الخَلِّ، وَإِنْ أَرَادَ المَالِكُ تَرْكَهُ عَلَيْهِ وَتَضْمِينَهُ فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ وَقِيلَ فِي دَبْغِ الجِلْدِ.

وَلَوِ اسْتَهْلَكَهَا لا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا كَمَا فِي دَبْغِ الجِلْدِ، وَلَوْ خَلَّلَهَا بِإِلْقَاءِ الخَلِّ فِيهِمَا، فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِنْ صَارَ خَلًّا مِنْ سَاعَتِهِ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَإِنْ لَمْ تَصِرْ خَلًّا إِلَّا بَعْدَ زَمَانٍ بِأَنْ كَانَ المُلْقَى فِيهِ خَلًّا قَلِيلًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ كَيْلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ خَلْطَ الخَلِّ بِالخَلِّ فِي التَّقْدِيرِ وَهُوَ عَلَى أَصْلِهِ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

متقومًا، إلى آخر ما ذكرنا.

قوله: وَإِنْ أَرَادَ المَالِكُ تَرْكَهُ عَلَيْهِ وَتَضْمِينَهُ فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ وَقِيلَ، ينبغي أن يقرأ هذان اللفظان بالوصل حتى يستفاد منه مراد صاحب الكتاب، فإن مراده: فهو على القولين المذكورين في دبغ الجلد، وهو ما ذكره قُبيل هذا **بقوله**: وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ المَالِكُ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَى الغَاصِبِ فِي هَذَا الوَجْهِ وَيُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ... وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا لَهُ ذَلِكَ، فكان تقدير **قوله**: فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ وَقِيلَ، أي: فهو على تكرير قيل وتثنيته، حتى يستفاد منه معنى قوله: فهو على القولين اللذين ذكرناهما، والدليل على هذا ما ذكرته من رواية قاضي خان رحمه الله بقوله: فيه روايتان.

قوله: وَهُوَ عَلَى أَصْلِهِ - أي: أصل محمد رحمه الله - لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ، فإن أصل محمد وهو قول أبي يوسف رحمهما الله أيضًا: أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما، ولمَّا لم يكن استهلاكًا عنده كان الخل مشتركًا بين الغاصب والمغصوب منه؛ لأنه صار خالطًا خلَّ نفسه بخل المغصوب منه، وما صار مستهلكًا للخمر ولكن زالت عنها النجاسة

اللهُ - هُوَ لِلْغَاصِبِ فِي الوَجْهَيْنِ، وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الخَلْطِ اسْتِهْلَاكٌ عِنْدَهُ، وَلا ضَمَانَ فِي الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ نَفْسِهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لا يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا. وَيَضْمَنُ فِي الوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ. وَبَعْضُ المَشَايِخِ أَجْرَوْا جَوَابَ الكِتَابِ عَلَى إِطْلَاقِهِ أَنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ؛ لِأَنَّ المُلْقَى فِيهِ يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي الخَمْرِ فَلَمْ يَبْقَ مُتَقَوِّمًا. وَقَدْ كَثُرَتْ فِيهِ أَقْوَالُ المَشَايِخِ، وَقَدْ أَثْبَتْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

قَالَ: (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرْبَطًا أَوْ طَبْلًا أَوْ مِزْمَارًا أَوْ دُفًّا أَوْ أَرَاقَ لَهُ سَكَرًا أَوْ مُنَصَّفًا

بصنعه، فإذا صار الخل مشتركًا بينهما فإذا أتلفه فقد أتلف خل نفسه وخل غيره، فيضمن خلًّا مثل خل المغصوب منه، كذا ذكره صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: هُوَ لِلْغَاصِبِ فِي الوَجْهَيْنِ، وهما ما إذا صارت خلًّا من ساعته، وأمَّا إذا صارت خلًّا بعد زمان فَلَا ضَمَانَ فِي الِاسْتِهْلَاكِ، أي: في هذا الاستهلاك، وهو استهلاك خمر غيره بخلط خل نفسه؛ لأن خمر المسلم لا يضمن بالاستهلاك، ولو ضمَّنه إنما يضمنه باعتبار الخل؛ لأنه هو المتقوم، ولا ضمان هاهنا باعتباره أيضًا؛ لأن الخل ملكه.

قوله: وَبَعْضُ المَشَايِخِ أَجْرَوْا جَوَابَ الكِتَابِ عَلَى إِطْلَاقِهِ، إلى آخره، وبعضهم قالوا أيضًا: المخلوط هاهنا مشترك بالإجماع؛ لأن عنده إنما ينقطع حق المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالخلط، كالمكيل والموزون إذا غصبه وخلطه بمثله من ملك نفسه، فأمَّا إذا لم يكن مضمونًا عليه لا ينقطع، ووجود الاستهلاك كعدمه، فبقي مشتركًا كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وما ذكرناه من الأقوال يحتمل أن يكون هو الذي ذكره بقوله: وَقَدْ أَثْبَتْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

قوله: وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ، إلى آخره، هذه المسألة من مسائل «الجامع الصغير»، وموضعها فيه في آخر كتاب الضمان قُبيل كتاب القضاء.

فَهُوَ ضَامِنٌ، وَبَيْعُ هَذِهِ الأَشْيَاءِ جَائِزٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لا يَضْمَنُ وَلا يَجُوزُ بَيْعُهَا. وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي الدُّفِّ وَالطَّبْلِ الَّذِي يُضْرَبُ لِلَّهْوِ. فَأَمَّا طَبْلُ الغُزَاةِ وَالدُّفُّ الَّذِي يُبَاحُ ضَرْبُهُ فِي العُرْسِ يُضْمَنُ بِالإِتْلَافِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ. وَقِيلَ الفَتْوَى فِي الضَّمَانِ عَلَى قَوْلِهِمَا. وَالسَّكَرُ اسْمٌ لِلنِّيءِ مِنْ مَاءِ الرُّطَبِ إِذَا اشْتَدَّ. وَالمُنَصَّفُ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ.

وَفِي المَطْبُوخِ أَدْنَى طَبْخَةٍ وَهُوَ البَاذَقُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - رِوَايَتَانِ فِي التَّضْمِينِ وَالبَيْعِ.

هِراقُ الماء: بمعنى إراقه، أي: صبّه، يُهَريق: بتحريك الهاء، وأَهْراقَ يُهْريق بسكون الهاء، في الأول بدل عن الهمزة، وفي الثاني زائدة، كذا في «المغرب».

وذكر في «الصحاح»: هَراق الماءَ يُهَرِيقُه، بفتح الهاء هِراقةً، أصله: أَراق يُرِيق إِراقةً، وأصل أراقَ: أَرْيَق يُرْيق، وأصل يُرِيق: يُؤْرِيق، وإنما قالوا: أَنا أُهَرِيقه، وهم لا يقولون: أنا أُأْرِيقه، لاستثقالهم الهمزتين، وقد زالَ ذلك بعد الإبدال، وفيه لغة أخرى: أَهْرَق الماءَ يُهْرِقه، على أَفْعَل يُفْعِل، إلى أن قال: وفيه لغة ثالثة: أَهْرَاق يُهْرِيق إِهْرَاقـًا، وهذا شاذ، ونظيره: أَسْطَاع يُسْطِيع إسْطِيَاعـًا، بفتح الألف في الماضي، وضم الياء في المستقبل، لغةٌ في أَطَاع يُطِيع، فجعلوا السين عوضـًا من ذهاب حركة عين الفعل.

قوله: فَهُوَ ضَامِنٌ، أي: بقيمة الآلة التي تصلح مثلها لعين اللهو على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَالدُّفُّ الَّذِي يُبَاحُ ضَرْبُهُ فِي العُرْسِ يُضْمَنُ بِالإِتْلَافِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وفي «فتاوى أبي الليث»: إن ضرب الدُّف في العُرس مختلف فيه بين العلماء، بعضهم قالوا: يكره، وبعضهم قالوا: لا يكره، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: الدف الذي يضرب في زماننا هذا مع الصَّنجات والجلاجلات ينبغي أن يكون مكروهـًا، وإنما الخلاف في ذلك الذي كان يضرب في الزمان المتقدم، كذا في «الذخيرة».

لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ أُعِدَّتْ لِلْمَعْصِيَةِ فَبَطَلَ تَقَوُّمُهَا كَالخَمْرِ، وَلِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ آمِرًا بِالمَعْرُوفِ وَهُوَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا إِذَا فَعَلَ بِإِذْنِ الإِمَامِ.

قوله: لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ أُعِدَّتْ لِلْمَعْصِيَةِ فَبَطَلَ تَقَوُّمُهَا، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في باب العدوي والأعداء من «أدب القاضي» رواية عن أصحابنا: أنه يُهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد، حتى قالوا أيضًا: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، وقيل: يُراق العصير أيضًا قبل أن يشتدَّ، ويُقذف بالزَّبد على من اعتاد الفسق، وقد رُوي عن عمر رضي الله عنه: «أنه أحرق البيت على الثقفي حين سمع شراباً في بيته».

وهل يضمن قيمة الدِّنان بكسرها؟ إن كان بإذن الإمام لا يضمن، وإلا ضمن.

قوله: وَلِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ آمِرًا بِالمَعْرُوفِ وَهُوَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «بعثتُ لكسر المزامير وقتل الخنازير»، والمأمور به شرعاً لا يصلح سبباً للضمان.

وعن شُريح رحمه الله: أن رجلين اختصما إليه في طُنبور فلم يلتفت إليهما حتى قاما من عنده، قال أبو يوسف رحمه الله: لو كنتُ أنا، فإن كانت خصومتهما وهو في أيديهما، أو في يد أحدهما كسرتُه وعزَّرتُهما، وإن كسَرَه أحدهما والآخر يطلب الضمان جزيتُ الذي كسره خيرًا، وأوجعتُ الآخر عقوبةً؛ وهذا لأن هذه الأشياء اتُّخذت للهو والمعصية، فإن الاستماع منها معصية، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «استماع صوت الملاهي معصية، والجلوس عليها من الفسوق، والتلذُّذ بها من الكفر»، يعني: لو استحل به.

وقد رُوي: «أن عمر رضي الله عنه بلغه عن نائحة من نساء أهل المدينة فأتاها حتى هجم عليها في منزلها، ثم ضربها بالدِّرة حتى سقط خمارها، فقيل له: يا أمير المؤمنين! قد سقط خمارها، فقال له: إنه لا حرمة لها»، وتكلموا في قوله: «لا حرمة لها»، قيل: معناه أنَّها لمَّا اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد أسقطت بما صنعت حرمتها، والتحقت بالإماء.

والدليل عليه ما رُوي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله: أنه خرج على بعض نهرٍ، وكان النساء على شطِّ نهر كاشفات الرؤوس والذراع، فقيل له: كيف فعلت هذا؟ فقال: إنه

وَلأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا أَمْوَالٌ لِصَلاحِيَّتِهَا لِمَا يَحِلُّ مِنْ وُجُوهِ الِانْتِفَاعِ وَإِنْ صَلُحَتْ لِمَا لا يَحِلُّ فَصَارَ كَالأَمَةِ المُغَنِّيَةِ. وَهَذَا؛ لِأَنَّ الفَسَادَ بِفِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ فَلَا يُوجِبُ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ، وَجَوَازُ البَيْعِ وَالتَّضْمِينِ مُرَتَّبَانِ عَلَى المَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ وَالأَمْرُ بِالمَعْرُوفِ بِاليَدِ إِلَى الأُمَرَاءِ لِقُدْرَتِهِمْ وَبِاللِّسَانِ إِلَى غَيْرِهِمْ، وَتَجِبُ قِيمَتُهَا غَيْرُ صَالِحَةٍ لِلَّهْوِ كَمَا فِي الجَارِيَةِ المُغَنِّيَةِ وَالكَبْشِ النَّطُوحِ وَالحَمَامَةِ الطَّيَّارَةِ وَالدِّيكِ المُقَاتِلِ وَالعَبْدِ الخَصِيِّ تَجِبُ القِيمَةُ غَيْرُ صَالِحَةٍ لِهَذِهِ الأُمُورِ، كَذَا هَذَا، وَفِي السَّكَرِ وَالمُنَصَّفِ تَجِبُ قِيمَتُهُمَا، وَلا يَجِبُ المِثْلُ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمَلُّكِ عَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ لَوْ فَعَلَ جَازَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَ عَلَى نَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا حَيْثُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا؛ لِأَنَّهُ مُقَرٌّ عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ مُدَبَّرَةً فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَ قِيمَةَ المُدَبَّرَةِ وَلا يَضْمَنُ

لا حرمة لهن، إنما الشك في إيمانِهن كأنهن حربياتٌ، وإنما قال ذلك استدلالًا بما قاله عمر رضي الله عنه، كذا في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني» ناقلًا عن «بستان الفقيه أبي الليث» رحمه الله: أن الأمر بالمعروف على وجوهٍ، إن كان يعلم بأكثر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون ذلك منه، ويمتنعون عن المنكر، فالأمر واجب عليه، ولا يسعه تركه، ولو عَلِم بأكثر رأيه بأنه لو أمرهم بذلك قذفوه وشتموه، فتركه أفضل، وكذلك لو عَلم أنهم يضربونه ولا يصبر على ذلك، ويقع بينهم العداوة، ويَهيج منه القتال، فتركه أفضل، ولو عَلِم أنهم لو ضربوه صبر على ذلك، ولم يشكُ إلى أحد فلا بأس به، وهو مجاهدٌ، ولو علِم أنهم لا يقبلون منه، ولا يخاف منهم ضربًا ولا شتمًا فهو بالخيار، والأمر بالمعروف أفضل.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله مطلقًا فقال: ثم الأمر بالمعروف واجب أو فرض إذا

قِيمَةَ أُمِّ الوَلَدِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: يَضْمَنُ قِيمَتَهُمَا؛ لِأَنَّ مَالِيَّةَ المُدَبَّرَةِ مُتَقَوِّمَةٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ، وَالدَّلائِلُ ذَكَرْنَاهَا فِي كِتَابِ العَتَاقِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ.

* * *

غلب على ظنّ الآمر أنه لو أمره بالمعروف يترك الفسق، وإن غلب على ظنه أنه لا يتركه لا يكون آثماً في ترك الأمر، والله تعالى أعلم بالصواب.

[كِتَابُ الشُّفْعَةِ]

بسم الله الرحمن الرحيم

كتـاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب من حيث أن كلًّا منهما يملك الإنسان مال غيره بغير رضاه، خلا أن الغصب في نفسه عدوان محض، والشفعة مشروعة بأصلها ووصفها، فكان من حقها أن تقدم على الغصب لشرعيّتها، لكن الإنسان أحوج إلى معرفة أحكام الغصب لكثرة وقوعه بسبب كثرة أسبابه، لتصوّر الاستحقاق في البياعات، والأشربة، والإجارات، والشركات، والمزارعات وغيرها، أو وجوده من الظلمة واللصوص المتعلقة جهارًا خصوصًا في هذا الزمان، وأن الغالب منهم الغصب والعدوان.

وأمّا سبب الشفعة فشيء واحد وهو: اتصال ملك العقار عند البيع إمَّا بالشركة، أو بالجوار.

ثم محاسن شرعية الشفعة ظاهرة، وهي أن الأصل في شرعيتها دفع ضرر الجوار، وهو مادة المضارّ والضّرار، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، ولا شك لأحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاد النار، وإعلاء الجدار، وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وكم من شريك في العقار، أو مجاور في الدار ممَّن يُتبرك بوجوده، ويتيمن بوفوده، وكم من مخالف في دينه وديانته، ومسافة خائن في حفظه وصيانته بحيث لا يُصابر بطلعته المشومة بساعة فكيف بالدوام؟ ولا يقاوم بمكانه في طرفي بلدٍ فأنَّى بالجوار بالانتظام؟ وقد جاء في تفسير قوله تعالى: ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا﴾ [النمل:

....

٢١]، أي: لألزمنَّه صحبة الأضداد، وعن بعضهم: أضيق السجون معاشرة الأضداد، فلمَّا كان كذلك كان دفع العدوان لشرعيَّة الشفعة من المحاسن التي ليس وراءها شيء من الحسن؛ إذ سعي الإنسان في أمور الدنيا والآخرة ليس إلا لدفع العذاب، والوصول إلى جزيل الثواب.

فيحتاج هاهنا إلى بيان الشفعة لغةً، وشرعًا، وسببها، وشرطها، وركنها، وصفتها، وحكمها، ومراتبها.

أمّا اللغة: فهي مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر، وهو الضم لما فيه من ضم شيءٍ إلى شيءٍ، ومنه شفاعةُ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم للمذنبين؛ لأنَّه يضمهم بها إلى الفائزين، وفي الحديث: «إنه صلَّى الله عليه وسلَّم بعث مصدقًا، فأتاه بشاة شافع فلم يأخذها، فقال: ائتني بمعتاط»، فالشافع: هي التي معها ولدُها؛ لأنَّها شفعية، يقال: شفع الرجل شفعًا إذا كان فردًا فصار له ثانيًا، والمعتاط: العائط وهي التي لم تحمل، واستشفعتُه إلى فلان، أي: سألتُه أن يشفع فِيَّ، وكذلك الشفيع فيما نحن فيه يضمُّ المأخوذ إلى ملكه، فسمي لذلك شفعة.

وأمَّا شرعًا: فهي عبارة عما يتملك المرء على المشتري حين اشترى العقار من شريك الشفيع أو جاره.

وأمَّا سببها: فعامة المشايخ يقولون: سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بملك المبيع؛ لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل، وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بملك المبيع، ولهذا قلنا: كما ثبت حق الشفعة للشريك في رقبة المبيع يثبت لشريك في حق من حقوقه نحو الطريق، والشرب، ويثبت للشريك في حدٍّ من حدوده وهو الجوار، فإن اتصال ملك الجارين شركة في الحد؛ وإنما كان كذلك لأن ضرر المشتري بسبب اتصال الملك موجود في هذه الوجوه.

وكان الخصاف رحمه الله يقول: الشفعة تجب بالبيع، ثم تجب بالطلب، فهو إشارة منه إلى أن كليهما سبب على التعاقب، وإنه غير صحيح؛ لأن الشفعة إذا وجبت بالبيع لا يتصوّر وجوبها ثانيًا بالطلب.

....

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة؛ لأن حق الشفعة قط لا يثبت إلا بِهما.

ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب، فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح، ولو سلم بعد البيع يصح، ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع؛ لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب، ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز، فعُلِم بِهذا أن الشركة وحدها ليست بعلة، والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع، أو بالشركة والبيع، وتأكدها بالطلب، وثبوت الملك في البقعة بالقضاء أو الرضاء.

وأمَّا شرطها المخصوص بها: فهو أن يكون المحل عقارًا سفلًا كان أو علوًا، يحتمل القسمة كالدار والبيت، أو لا يحتمل كالحمام والبئر، والمحال شروط فكذا صفاته، فإن الشفعة لا تجب في المنقولات مقصودًا وإنما تجب تبعًا للعقار، وأن يطلب الشفيع شفعته على وجه المواثبة والإسراع، وذلك طلبه عند قول علمه بالشراء، وأنَّه إن طلب الشفعة كما علم بالشراء يثبت حقه، وإن لم يطلب هنيهةً وسكتَ بطلت شفعته على ما يجيء.

ومن شرطها أيضًا: أن يكون العقد عقد معاوضة عين المال بالمال، فإنَّها لا تجب إلا عند عقد البيع، أو ما هو في معناه من الصلح والهبة بشرط العوض إذا وجد قبض البدلين، وأمَّا إذا قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عندنا، خلافًا لزفر رحمه الله.

وأمَّا ركنها: فهو أخذ الشفيع ما اشتراه المشتري إمَّا من البائع أو من المشتري عند وجود شرطها وسببها.

وأمَّا صفتها: فهي أن الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ، فكل ما يثبت للمشتري من غير شرط نحو الرد بخيار الرؤية، والرد بالعيب يثبت للشفيع، وما لا يثبت للمشتري إلا بالشرط لا يثبت للشفيع إلا بالشرط أيضًا.

وأمَّا حكمها: فجواز طلب الشفعة عند تحقق سببها الذي ذكرنا، وهو الشركة في ملك

الشُّفْعَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الشَّفْعِ وَهُوَ الضَّمُّ، سُمِّيَتْ بِهَا؛ لِمَا فِيهَا مِنْ ضَمِّ المُشْتَرَاةِ إِلَى عَقَارِ الشَّفِيعِ.

العقار مع المبيع، وتأكدها بعد الطلب، وثبوت الملك بالقضاء بها، أو بالرضاء.

وأمَّا ترتيبها: فثلاثة، فإن أول ما يستحق بها بالشركة في عين البقعة، ثم بالشركة في حقوق الملك من الطريق والشرب، ثم بالجوار.

وقد قيل: يستحق الشفعة على أربع مراتب، ويجيء كل منها موفرًا بيانه ومكملًا تبيانه في مواضعه إن شاء الله تعالى، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«التحفة»، وغيرها.

ثم ذكر في «المبسوط» وقال: زعم بعض أصحابنا أن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة؛ لأنَّه يتملك على المشترى ملكًا صحيحًا بغير رضاه وذلك لايجوز فإنه من نوع الأكل بالباطل، وتأيد هذا بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يحل مال امرئٍ مسلمٍ إلا بطيبة نفسٍ منه».

ولأنّه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار لغيره، ولكنا تركنا هذا القياس بالأخبار المشهورة في الباب.

ثم قال: والأصح أن يقول: الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال: إنَّها مستحسنة من القياس بل هي ثابتة على موافقة القياس، وقد دلَّ على ثبوتها الأحاديث المشهورة عن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، وعن الصحابة رضي الله عنهم، من ذلك ما بدأ به محمد رحمه الله الكتاب، ورواه عن مِسْوَر بن مخرمة، عن رافع بن خديج، أن سعد بن مالك عرض بيتًا له على جارٍ له فقال: خذه بأربعمائة، أما إنِّي قد أعطيت به ثمانِي مائة درهم ولكن أعطيكه؛ لأنِّي سمعتُ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم يقول: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ»، وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فإنه ينبغي له أن يعرض على جاره لمراعاة حق المجاورة، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «ما زال جبرئيل يُوصيني بالجار حتَّى ظننْتُ أنه سيُورِّثه»؛ ولأنه أقرب إلى حسن العشرة، والتحرز عن الخصومة والمنازعة.

قَالَ: (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ المَبِيعِ ثُمَّ لِلْخَلِيطِ فِي حَقِّ المَبِيعِ كَالشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ ثُمَّ لِلْجَارِ) أَفَادَ هَذَا اللَّفْظُ ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفْعَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ وَأَفَادَ التَّرْتِيبَ، أَمَّا الثُّبُوتُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشُّفْعَةُ لِشَرِيكٍ لَمْ يُقَاسِمْ»

قوله: الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ، أي: ثابتة عند تحقق سببها، لا أن يكون المراد بها لزوم الإثم عند تركها.

الخلطة: بالضمة الشركة، خالطه: أي شاركه، ولا فرق إذًا بين الخليط والشريك؛ لأنَّهما ينبئان عن معنى واحد، والاختلاف بينهما إنما يقع بسبب اختلاف المحل، فتارة ذكر الشريك في نفس المبيع والخليط في حق المبيع، وتارة ذكر على عكسه.

وذكر في «الذخيرة»: وهذا الذي ذكره في عامَّة الكتب بأن الشفعة عندنا تستحق على ثلاث مراتب:

أولًا: يستحق بالشركة في عين البقعة، ثم بالشركة في حقوق الملك من الطريق والشرب، ثم يستحق بالجوار.

وصورته: منزل بين اثنين في سكة غير نافذة، باع أحدُ الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة، فإن سلم فأهل السكة أحق، فإن سلموا فالجار الملاصق أحق، وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى.

ومسألة الجار على وجهين:

(١) إمَّا أن تكون الدار التي وقع فيها الشراء في سكة نافذة، وفي هذا الوجه الشفعة للجار الملاصق.

(٢) وإمَّا أن تكون في سكة غير نافذة، وفي هذا الوجه جميع أهل السكة شفعاء، الملازق والمقابل في ذلك سواء.

وقد قيل: الشفعة عندنا يستحق على أربع مراتب، وبيان ذلك في مسألتين:

وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالأَرْضِ، يَنْتَظِرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا» وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللهِ مَا سَقَبُهُ؟ قَالَ شُفْعَتُهُ» وَيُرْوَى «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ».

إحداهما: بيت في دار في سكة غير نافذة، والبيتُ لاثنين، والدار لقوم، فباع أحد صاحبي البيت نصيبه من البيت فالشفعة أولًا للشريك في البيت، فإن سلم فلشريك الدار، فإن سلم فلأهل السكة، الكل في ذلك سواء، فإن سلموا فالجار الملازق، وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى.

والثانية: دار بين شريكين في سكة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه من الدار من إنسان، فالشفعة أولًا للشريك في الدار، فإن سلم فللشريك في الحائط المشترك الذي يكون بين الدارين، فإن سلم فلأهل السكة، الكل في ذلك على السواء، فإن سلم فللجار الذي يكون ظهرُ هذه الدار إلى داره، وباب تلك الدار في سكة أخرى.

ثم اعلم أن في كل موضع سلم الشريك الشفعة إنما يثبت للجار حق الشفعة إذا كان الجار قد طلب الشفعة حين سمع البيع، وإن لم يكن له حق الأخذ في الحال، أمَّا إذا لم يطلب الشفعة حين سلم الشريك الشفعة فلا شفعة له.

قوله: وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالأَرْضِ، يَنْتَظِرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا»، وفي رواية «الأسرار»: ينتظر بها إذا كان غائبـًا، ثم قال في «الأسرار»:

فإن قيل: المراد به أحق بها عرضًا عليه للبيع، ألا ترى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائبًا، قلنا: إن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم جعله أحق على الإطلاق، فيكون أحق بها قبل البيع وبعده.

وقوله: يَنْتَظِرُ، تفسير لبعض ما شمله كلمة: أَحَقُّ.

ولأن ما رُوي عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب فقال: «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ»، فهذا يبطل ذلك التأويل.

قوله: إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا، أي: إذا كان طريق البائع والجار.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لا شُفْعَةَ بِالجِوَارِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمُ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرِيقُ فَلا شُفْعَةَ» وَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَعْدُولٌ بِهِ عَنْ سُنَنِ القِيَاسِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَمَلُّكِ المَالِ عَلَى الغَيْرِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ تَلْزَمُهُ فِي الأَصْلِ

السقب بالسين: القربُ، والصاد لغة، وهما مصدرا سقبت الدار، وصقبت، والصاقب: القريب.

ومعنى الحديث: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ»، أي: الجار أحق بالشفعة إذا كان جارًا ملاصقًا، والباء من صلة أحق لا للتسبيب، كما في قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وأريد بالسقب الساقب على معنى: ذو السقب، أو تسمية بالمصدر، أو وصف به، كذا في «المغرب».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لا شُفْعَةَ بِالجِوَارِ، ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة؛ لأنه كما لا نقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا نقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضًا، وكذلك لا نقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر أيضًا؛ لأنه ذكر في «الأسرار»: قال عُلماؤنا رحمهم الله: الشفعة تجب بالجوار، وبالخلطة، وهي الشركة في الحقوق نحو الطريق والنهر، وتجب بالشركة في البقعة، وقال الشافعي رحمه الله: لا تجب إلا بالشركة في البقعة، ثم هو إنما يقول بالشركة في البقعة إذا كانت البقعة مما يحتمل القسمة، كالدار والأرض، وأمَّا فيما لا يحتمل القسمة كالحمام، والرحى، والبئر، والنهر، والدور الصغار، فعنده لا تجب الشفعة في ذلك، وعندنا تجب فيما يقسم، كذا في «الإيضاح».

فحصل من هذا أن عند الشافعي رحمه الله إنما تثبت الشفعة بوصفين:

أحدهما: بالشركة في نفس البقعة، لا بالشركة في الحقوق.

والثاني: بالشركة في نفس البقعة التي تحتمل القسمة، ولا تثبت فيما لا يحتمل القسمة.

وقوله: لِأَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ تَلْزَمُهُ فِي الأَصْلِ - وهو فيما لا يقسم - دُونَ الفَرْعِ، وهو الجار.

دُونَ الفَرْعِ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا،

قوله: وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالأَرْضِ، يَنْتَظِرُ لَهُ».

فإن قلتَ: فلو روى الشافعي رحمه الله لفظ الجار بالشريك؛ لأنّه يطلق اسم الجار عل الشريك، قال الأعشى:

أيا جارَتي بِينِي فإنك طالِقَهْ * كذاك أُمورُ النَّاسِ غادٍ وطارِقَهْ

والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش.

ولأنه روي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنّه قال: «إنَّما الشفعة فيما لم يُقْسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة»، وكلمة (إنَّما) لإثبات المذكور ونفي ما عداه.

ولأن قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الشفعة فيما لم يقسم» يقتضي أن جنس الشفعة فيما لم يقسم؛ ولأنّه نص على النفي عمَّا قسم.

ولأن تعليلكم لاستحقاق الشفعة بالجوار بسبب دفع ضرر الجوار؛ إذ هو مادة المضار على ما زعمتم منقوض بالجار المقابل حيث لا يثبت له الشفعة بالاتفاق مع وجود هذه العلة، وكذلك منقوض أيضًا بالجار الملاصق بطريق الإجارة مع وجود هذه العلة، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمّا الأوَّل ففي حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة والعمل بالمجاز من غير دليل، بل دلَّ الدليل على بطلان الحمل على الشريك؛ لأنه قال في ذلك الحديث الذي روينا، وهو حديث عبد الملك بن أبي سليمان: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ»، إلى أن قال: «إذا كان طريقهما واحدًا»، فلا وجه لحمل الحديث على الشريك؛ لأنه قال: «إذا كان طريقهما واحدًا»، وإذا حمل على الشريك كان هذا لغوًا، وإنما كان مفيدًا إذا كان المراد جارًّا هو شريك في الطريق.

وكان الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول: العجب منهم يزعمون أنّهم أصحاب الحديث، ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته، فلا يبقى بعد

وَلِأَنَّ مِلْكَهُ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الدَّخِيلِ اتِّصَالَ تَأْبِيدٍ وَقَرَارٍ فَيَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ عِنْدَ

هذا للَّقب معنى سوى أنَّهم أحدثوا ترك العمل بالحديث، فلأجله سمُّوا أصحاب الحديث لا لعملهم بالحديث.

وفي حديث سعد أيضًا بطلان ذلك التأويل حيث قال: فإن سعدًا عرض بيتًا له على جار له، فدلَّ ذلك على أن جميع البيت كان له.

ولأن الزوجة تسمى جارة؛ لأنَّها تجاوره في الفراش فتقرب منه، لا لأنَّها تشاركه.

وأمَّا استدلاله بكلمة (إنما) وحرف الاستغراق ففيه بيان أن للشريك شفعة، وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه.

ولأن كلمة (إنما) قد تجيء للإثبات بطريق الكمال كما يقال: إنَّما العالم في البلد زيدٌ، أي: الكامل فيه والمشهور به زيد، ولم يرد به نفي العلم عن غيره، وهاهنا كذلك، فإن الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة هو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره، فكان محمولًا على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره، بدليل سياق الحديث فإنَّه قال في آخره: «فإذا وقعت الحدود ولم تُصرف الطرق» بأن كان الطريق واحدًا أن تجب الشفعة، وعند الشافعي رحمه الله لا تجب هناك، فكان آخر الحديث حجة لنا نصًّا.

أمَّا معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطريق، فكان الموضع موضع إشكال؛ لأن في القسمة معنى المبادلة رُبَّما يشكل أنه هل تستحق بها الشفعة؟ فبيَّن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم أنه لا تستحق الشفعة بالقسمة ولا يلزم الجار المقابل؛ لأن الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق دفعه لحق الملك، فإن الشفعة حق الملك فيستحق به دفع ضرر يلحقه بسبب اتصال الملك.

ولأن الأخذ بالشفعة لمَّا كان بحق الملك صار فرعًا من فروعه، فلا يكون إلا لمن له الاتصال به ملكًا على الدوام؛ وهذا لأن المقصود دفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، فلهذا لا يثبت لجار السكة كالمستأجر والمستعير؛ لأن جوازه ليس بمستدام.

ولأن الملك الحادث بالإجارة ملك منفعة، ولا اتصال بين ملك الجار وبين منفعة دار

وُجُودِ المُعَاوَضَةِ بِالمَالِ اعْتِبَارًا بِمَوْرِدِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لِأَنَّ الِاتِّصَالَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ إِنَّمَا انْتَصَبَ سَبَبًا فِيهِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الجِوَارِ، إِذْ هُوَ مَادَّةُ المَضَارِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَقَطْعُ هَذِهِ المَادَّةِ بِتَمَلُّكِ الأَصْلِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزْعَاجِهِ عَنْ خُطَّةِ آبَائِهِ أَقْوَى، وَضَرَرُ القِسْمَةِ مَشْرُوعٌ لا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرِ غَيْرِهِ.

جاره فلا تثبت الشفعة له، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار»، وغيرهما.

قوله: اعْتِبَارًا بِمَوْرِدِ الشَّرْعِ، وهو الخليط في نفس المبيع.

قوله: وَضَرَرُ القِسْمَةِ مَشْرُوعٌ لا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرِ غَيْرِهِ، وهو التملك على المشتري من غير رضاه، وهذا جواب عن **قوله: لِأَنَّ مُؤْنَةَ القِسْمَةِ تَلْزَمُهُ**، ألا ترى أن مؤنة القسمة يلزم الشريك في المنقولات، ولا تثبت الشفعة عند بيع أحد الشريكين نصيبه.

اعلم أن أصل منشأ الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله راجع إلى معنيين عندنا وعنده، فعندنا المعنى المؤثر لوجوب الشفعة عند البيع اتصال الملك ليدفع الشفيع بثبوت حق الشفعة له سوء ضرر الجوار، سواء كان ذلك الاتصال في نفس المبيع، أو في حقوقه، أو بالجار الملاصق، فلذلك استوى عندنا ما يقسم وما لا يقسم.

وعند الشافعي رحمه الله المعنى المؤثر في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة بالقسمة؛ لأنه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة، فالشرع مكنه من الأخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة عن نفسه وعن هذا قال: لا تجب الشفعة فيما لا يحتمل القسمة لاندفاع ضرر مؤنة القسمة في نفسه، وكذلك في الجار؛ لأنه لا قسمة هناك، وكذلك لا يوجب الشفعة في المنقولات أيضًا؛ لأنه يتمكن من دفع مؤنة القسمة ببيع نصيبه، والبيع والشراء في المنقول معتاد، بخلاف العقار، ولمَّا كذلك نفى الشأن بيننا وبينه في الترجيح.

وإنا نقول: بأن حق الشفعة إنَّما وجب لدفع ضرر التأذي وهو معنى مؤثر فيه؛ لأنه يبقى بينهما منازعة دائمة، فلو قال الخصم: يمكن دفع ذلك الضرر الصادر من الجار

وَأَمَّا التَّرْتِيبُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ» فَالشَّرِيكُ فِي نَفْسِ المَبِيعِ وَالخَلِيطُ فِي حُقُوقِ المَبِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الجَارُ. وَلِأَنَّ الِاتِّصَالَ بِالشَّرِكَةِ فِي المَبِيعِ أَقْوَى؛ لِأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ، وَبَعْدَهُ الِاتِّصَالُ فِي الحُقُوقِ؛ لِأَنَّهُ شَرِكَةٌ فِي مَرَافِقِ المِلْكِ، وَالتَّرْجِيحُ يَتَحَقَّقُ بِقُوَّةِ السَّبَبِ، وَلِأَنَّ ضَرَرَ القِسْمَةِ إنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً صَلَحَ مُرَجِّحًا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشِّرْبِ وَالجَارِ شُفْعَةٌ مَعَ الخَلِيطِ فِي الرَّقَبَةِ)

بالمرافعة إلى السلطان، أو بالمقاتلة معه، قلنا: ذاك ضرر أيضًا أشد من السكوت والتصبّر؛ لأنه محتاج إلى المرافعة وربّما لا يندفع فتبقى السخيمة الدائرة بينهما، فكان ما ذكرنا مؤثرًا في إثبات حق الشفعة.

وأمَّا ضرر المقاسمة فذاك ليس بضرر؛ لأنه حق مستحق عليه شرعًا، وإيفاء الحق المستحق لا يعد من باب الإضرار، على أن مثل هذا الضرر يتحقق في العروض المشتركة ومع ذلك لا تجب الشفعة فيها، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ - أي: لأن الاتصال في كل جزء - وَبَعْدَهُ - أي: وبعد الاتصال بالشركة في المبيع - الِاتِّصَالُ فِي الحُقُوقِ؛ لأن الاتصال هاهنا ليس في كل جزء ومن المبيع الذي هو المقصود، بل الاتصال في الموافق وهي توابع فكان هذا الاتصال دون الأول، فلذلك تأخر حكمه عن الأول.

قوله: وَلِأَنَّ ضَرَرَ القِسْمَةِ إنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً - كما فعله الشافعي - صَلَحَ مُرَجِّحًا؛ وذلك لأن الترجيح أبدًا إنما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق، ألا ترى أن الأخ لأب وأم مع الأخ لأب إذا اجتمعا يترجح الأخ لأب وأم في العصوبة بسبب القرابة، والعصوبة لا تستحق بقرابة الأم ثم الترجيح يقع بهذا، فهذا مثله، ثم ضرر مؤنة القسمة إنما يتحقق في الشريك دون الجار، فلذلك قدم الشريك على الجار لوجود الرجحان في الشريك.

لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مُقَدَّمٌ.

قَالَ: (فَإِنْ سَلَّمَ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ سَلَّمَ أَخَذَهَا الجَارُ) لِمَا بَيَّنَّا مِنَ التَّرْتِيبِ، وَالمُرَادُ بِهَذَا الجَارُ المُلَاصِقُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَى ظَهْرِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ وَبَابُهُ فِي سِكَّةٍ أُخْرَى. عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَعَ وُجُودِ الشَّرِيكِ فِي الرَّقَبَةِ لا شُفْعَةَ لِغَيْرِهِ سَلَّمَ أَوِ اسْتَوْفَى؛ لِأَنَّهُمْ مَحْجُوبُونَ بِهِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ السَّبَبَ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الكُلِّ، إِلَّا أَنَّ لِلشَّرِيكِ حَقُّ التَّقَدُّمِ، فَإِذَا سَلَّمَ كَانَ لِمَنْ يَلِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَيْنِ الصِّحَّةِ مَعَ دَيْنِ المَرَضِ، وَالشَّرِيكُ فِي المَبِيعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنْهَا كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّارِ

قوله: وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ السَّبَبَ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الكُلِّ، أي: ثبت حق الجار في الشفعة مع وجود حق الشريك فيها لتقرر السبب في حقه أيضًا، إلا أنَّ الشريك كان مقدمًا، فإذا سلم كان للجار أن يستوفي، كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة، فإنه إذا سقط حقهم بالإبراءِ كانت التركة لغرماء المرض بديونهم؛ لأن سبب استحقاقهم ثابت، ولهذا قلنا: ينبغي للجار أن يطلب الشفعة إذا علم بالبيع مع الشريك حتى إذا سلم الشريك تمكن من أخذه، فإن لم يطلب بعد علمه حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالشَّرِيكُ فِي المَبِيعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنْهَا كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّارِ أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنْهَا، إلى آخره.

أمَّا مسألة المنزل بأن يكون البيت من الدار بين رجلين بغير طريق فباع صاحب الدَّار فالشريك في البيت أوْلَى بالبيت، وهو مع الجار سواء في بقيَّة الدار، وأمَّا مسألة الجدار بأن يكون حائط بين داري رجلين والحائط بينهما، فصاحب الشريك والحائط أوْلَى بالحائط من الجار، وهما سواء في بقية الدار، كذا في «الذخيرة».

وأوضح هذه المسألة الإمام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرماني

أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنْهَا وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الجَارِ فِي مَنْزِلٍ،

رحمه الله في «الإيضاح» بأوضح بيان فقال: دار بين رجلين ولرجل فيها طريق، فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحق بالشفعة ولا شفعة بصاحب الطريق، لما مرَّ من قبل أن الشركة في بعض المبيع أقوى من الشركة في حقوقه، والطريق من جملة الحقوق فكان الشريك فيه مؤخرًا عن الشريك في الدار، ثم قال: وكذلك الدار إذا كان بين رجلين ولأحدهما حائط في الدار بينه وبين آخر بأرضه، فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط، فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار، والشريك في الحائط أَوْلَى بالحائط وهو جارٌ في بقية الدار.

وكذلك دارٌ بين رجلين ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين آخر، فباع نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار، والشريك في البئر أحق بالبئر وهو جار لبقية الدار، والبئر والحائط لا يشبه الطريق والشرب؛ لأن الشريك في الطريق والشرب شريك في الحقوق والحقوق من جملة التوابع، فحصلت الشركة في نفس المبيع، إلا أن الشريك في نفس الدار مقدم عليه؛ لأن الأصل أقوى من المبيع، والبئر والحائط ليسا من حقوق الدار فكان مجاورًا، والشريك في الحقوق مقدم عليه، أي: على شريك البئر والحائط.

وكذلك سفل بين رجلين ولأحدهما علو عليه بينه وبين الآخر، فباع الذي له نصيب في السفل والعلو نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة في السفل، ولشريك العلو الشفعة في العلو، فصاحب السفل جار في حق العلو، أو شريك في الحقوق إذا كان طريق العلو فيه، وشريك العلو جار في حق السفل، والشريك مقدم على الجار.

ثم قوله: أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنْهَا، أي: مع أرضه، يعني: لو كان الجدار المعين مشتركًا بين رجلين مع أرضه، ثم لأحد الشريكين شركة مع آخر في بقية الدار كان شريك الجدار مع أرضه مقدمًا على الشريك في بقية الدار، إذا باع الذي له شركة في المقدار نصيبه في الجدار مع أرضه، وإنَّما قلنا: مع أرضه؛ لأن الشركة في البناء المجرد لا توجب الشفعة، كذا في «الذخيره».

وذكر فيها وفي «المغني» تفسيرَ هذا فقال: ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكًا في الأرض الذي هو تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما، أمَّا إذا

وَكَذَا عَلَى الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقْوَى وَالبُقْعَةَ وَاحِدَةٌ. ثُمَّ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ أَوِ الشِّرْبُ خَاصًّا حَتَّى تَسْتَحِقَّ الشُّفْعَةُ بِالشَّرِكَةِ فِيهِ فَالطَّرِيقُ الخَاصُّ أَنْ لا يَكُونَ نَافِذًا، وَالشِّرْبُ الخَاصُّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا لا تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ وَمَا تَجْرِي فِيهِ فَهُوَ عَامٌّ. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الخَاصَّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا يُسْقَى مِنْهُ قَرَاحَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ، وَمَا زَادَ

كان شريكًا فيه لا يكون مؤخرًا بل يكون مقدمًا، وصورة ذلك: أن تكون أرضًا بين اثنين غير مقسومة بينهما في وسطها حائطًا ثم اقتسما الباقي، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركًا بينهما، فكان هذا هو الجار شريكًا في بعض المبيع، أمَّا إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط وخطا خطًّا في وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئًا حتى بنيا حائطًا، وكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض شريك في البناء لا غير، والشركة في البناء لا غير لا توجب الشفعة.

قوله: وَكَذَا عَلَى الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ - أي: الشريك في الجدار مع أرضه مقدم على الجار في بقيَّة الدار - فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وأمَّا في الرواية الأخرى فهو والجار سواء، ذكره في «الذخيرة»، و«المغني».

وذكر «القدوري» أن الشريك الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد وإحدى الرِّوايتين عن أبي يوسف رحمهما الله، فيكون مقدمًا على الجار في كل المبيع، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف تستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة، وتستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار، فيكون ذلك مع جار آخر بينهما.

القراح من الأرض: كل قطعة على حيالها، ليس فيها شجر، ولا شائب سبخ، وقد تجمع على أقرحة، كمكان وأمكنة.

وفي «المبسوط»: والشركاء في النهر الصغير: كل من له شرب أحق من الجار الملازق، وإن كان نَهرًا كبيرًا تجري فيه السفن فالجار أحق؛ لأن هؤلاء ليسوا بشركاء في الشرب.

وذكر في «الذخيرة»: وعامَّة المشايخ على أن الشركاء على النهر إذا كانوا لا يحصون

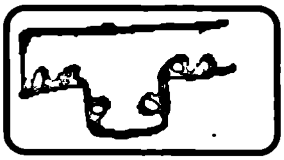
عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ عَامٌّ، وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرَ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَى فَلِأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ خَاصَّةً دُونَ أَهْلِ العُلْيَا، وَإِنْ بِيعَتْ لِلْعُلْيَا فَلِأَهْلِ السِّكَّتَيْنِ، وَالمَعْنَى مَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي. وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ

فهو نَهر كبير، وإن كانوا يحصون فهو نَهر صغير، لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمس مائة، وبعضهم بمائة، وبعضهم بأربعين.

وبعض مشايخنا قالوا: أصح ما قيل فيه أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه، إن رآهم كثيرًا كانوا كثيرًا، وإن رآهم قليلًا كانوا قليلاً، ثم إن عامة المشايخ فرقوا بين النهر والسكة حيث جعلوا الشركة في النهر إذا كان بين أقوام يحصون خاصة، وإن كان للنهر منفذٌ إلى مفاوز هي لجماعة المسلمين، ولم يجعلوا الشركة في الطريق الذي له منفذ إلى طريق العامة شركة خاصَّة وإن كان أهل السكة يحصون.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرَ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ - أي: السكة العظمى مستطيلة - فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَى - أي: في المتشعبة - فَلِأَهْلِهَا - أي: فلأهل المتشعبة - الشُّفْعَةُ خَاصَّةً دُونَ أَهْلِ العُلْيَا، أي: أهل السكة العظمى.

قوله: وَإِنْ بِيعَتْ فِي الْعُلْيَا - أي: بيعت دار في العليا - فَلِأَهْلِ السِّكَّتَيْنِ، أي: الشفعة لأهل السكة العظمى والمتشعبة التي هي السفلى، سواء كانا ملازقين أو غير ملازقين، صورته هذه:



فاستحقاق الشفعة مع جواز فتح الباب مثل زمان، فكل من كان له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة، ومن لا فلا، وقد ذكرنا من كان له ولاية فتح الباب، ومن ليس له ذلك، وصورته في مسائل شتَّى من كتاب القضاء في آخر باب التحكيم، وذلك الموضع الذي أحاله عليه في الكتاب **بقوله:** وَالمَعْنَى مَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي، وهو **قوله:** لِأَنَّ فَتْحَهُ لِلْمُرُورِ وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي المُرُورِ، إلى آخره.

صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنْهُ نَهرٌ أَصْغَرُ مِنْهُ فَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَلا يَكُونُ الرَّجُلُ بِالجُذُوعِ عَلَى الحَائِطِ شَفِيعَ شَرِكَةٍ وَلَكِنَّهُ شَفِيعُ جِوَارٍ)؛ لِأَنَّ العِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي العَقَارِ وَبِوَضْعِ الجُذُوعِ لا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الدَّارِ إِلَّا أَنَّهُ جَارٌ مُلَازِقٌ.

قَالَ: (وَالشَّرِيكُ فِي الخَشَبَةِ تَكُونُ عَلَى حَائِطِ الدَّارِ جَارٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ وَلا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ

وحاصل ذلك إنَّما كان لأهل السكة السفلى وهي السكة المتشعبة حق طلب الشفعة إذا بيعت دار في السكة العظمى المستطيلة؛ لأن لأهل السكة المتشعبة حق المرور في السكة العظمى، فحينئذٍ كانوا شركاء في الطريق فلهم الشفعة، بخلاف العكس فإنه إذا بيعت دار في السكة المتشعبة ليس لأهل السكة العظمى حق طلب الشفعة؛ لأنه ليس لهم حق المرور في السكة المتشعبة؛ لأن الطريق المتشعبة لأهل المتشعبة خاصة فلم يكونوا شركاء في الطريق، وليس لهم جواز فيها فلذلك لم يثبت لهم حق الشفعة.

قوله: فَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرَ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ، إلى آخره، فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال: عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ، يعني: لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر، لا لأهل النهر الصغير، كما ذكرنا الحكم في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى، هكذا ذكر في «الذخيرة» بعد ذكر السكتين فقال: وعلى هذا نهر خاص انتزع منه نهر آخر، فباع رجل أرضًا على النهر المُنتزع تكون الشفعة لأهل النهر المنتزع.

وقوله: جَارٌ لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ العِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي العَقَارِ.

قوله: وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ وَلا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الأَمْلَاكِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ عَلَى مَقَادِيرِ الأَنْصِبَاءِ، بيانه دار بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفها،

الأَمْلَاكِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ عَلَى مَقَادِيرِ الأَنْصِبَاءِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مِنْ مَرَافِقِ المِلْكِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهَا لِتَكْمِيلِ مَنْفَعَتِهِ فَأَشْبَهَ الرِّبْحَ وَالغَلَّةَ وَالوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ. وَلَنَا أَنَّهُمُ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ فَيَسْتَوُونَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوِ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمُ اسْتَحَقَّ كُلَّ الشُّفْعَةِ. وَهَذَا آيَةُ كَمَالِ السَّبَبِ وَكَثْرَةُ الِاتِّصَالِ تُؤْذِنُ بِكَثْرَةِ

وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، باع صاحب النصف نصيبه وطلب الإخوان الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما نصفين، وعند الشافعي رحمه الله أثلاثًا بقدر ملكيهما، وإن باع صاحب السدس نصيبه فطلب الآخران الشفعة قضى به بينهما أخماساً عنده، وإن باع صاحب الثلث نصيبَه قضى به بين الآخرين أرباعًا بقدر ملكيهما، وعندنا يقضي به بينهما نصفين، وكذلك على أصلنا: إذا بيعت ولها جاران أحدهما جار من ثلاثة جوانب، والآخر من جانب واحدٍ، فطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان، كذا في «المبسوط».

قوله: فَأَشْبَهَ الرِّبْحَ، فإن الشريكين إذا اشتريا شيئاً بخمسة عشر درهمًا مثلًا، ولم يشترط شيئًا، ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة، ثم باعاه فربحا ثلاثة دراهم فالدرهمان لصاحب العشرة، والدرهم الآخر لصاحب الخمسة؛ لأن الربح تبع للمال فكان بينهما على قدر رأس مالهما، فرأس مالهما لمَّا كان أثلاثـًا كان الربح بينهما أيضًا أثلاثـًا.

قوله: وَالغَلَّةَ، بأن كان حانوت بينهما أثلاثـًا فغلتُه أيضًا تكون بينهما أثلاثـًا، وكذلك: الوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُمُ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ فَيَسْتَوُونَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ وذلك لأن سبب استحقاق الشفعة إمَّا الجوار أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك، فإن صاحب القليل شريك لصاحب الكثير، وجار لاتصال ملكه بالمبيع لصاحب الكثير؛ لأن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك.

قوله: أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوِ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمُ اسْتَحَقَّ كَمَالَ الشُّفْعَةِ، يعني: أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة بالاتفاق، كما لو باع صاحب القليل

العِلَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِقُوَّةِ الدَّلِيلِ لا بِكَثْرَتِهِ، وَلا قُوَّةَ هَاهُنَا لِظُهُورِ الأُخْرَى بِمُقَابِلَتِهِ

كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع؛ لما أن ملك كل جزء وعلة تامَّة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة، فإنما اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل، ألا ترى أن أحد المدعيين لو أقام شاهدين والأخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمساواة بينهما، وكذلك لو أن رجلًا جرح رجلًا جراحةً واحدةً، وجرحه آخر عشرة جراحات، فماتَ من ذلك استويا في حكم القتل.

قوله: وَالتَّرْجِيحُ بِقُوَّةِ الدَّلِيلِ - كالشريك يترجح عى الجار، وكجزّ الرقبة مع جرح الآخر، فإن حكم القتل يضاف إلى الجار لا إلى الجارح بالاتفاق - لا بِكَثْرَتِهِ؛ لأن ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحًا؛ لأن عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعًا بالراجح، وهاهُنا حق صاحب القليل لايبطل أصلًا فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط».

فإن قلتَ: لو قال الشافعي رحمه الله بأن قولكم: لَوِ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ اسْتَحَقَّ كَمَالَ الشُّفْعَةِ، فيجب أن يكون مُساويًا لصاحب الكثير لا يلزمني؛ لأنه يجوز أن تكون العلة الواحدة مثبتة لكمال الحكم، ولكن عند الانضمام مع أخرى يثبت استحقاق أكثر مما يثبته عند الانفراد، وله نظير في الشرع، كالرجالة في الغنيمة إذا انفردوا يستحقون كل الغنيمة، وكذلك الفرسان إذا انفردوا يستحقون الكل أيضًا، ولكن إذا اشتركوا قسمت الغنيمة بينهم على التفاوت، وكذلك لو ماتَ واحدٌ وترك بنتًا وأختًا له أو أخـًا، فإن النصف للبنت والباقي للأخت أو للأخ بحق العصوبة، ولو ترك مع البنت أخـًا وأختـًا كان النصف بينهما أثلاثـًا، فكذلك هاهنا استحق صاحبُ القليل كل الدار بالشفعة عند الانفراد، ولكن عند الاجتماع مع صاحب الكثير يتفاوت استحقاقهما للشفعة.

ولأن استحقاق الشفعة منفعة تصل لصاحب الملك بسبب ملكه، فيجب أن يكون معتبَرًا بضرر يلحقه بسبب ملكه، ليكون كل واحد منهما بقدر ملكه، ثم في الضرر مقدر بحسب الملك، كما في الضمان بسبب الحائط المائل إذا كان مشتركا بين اثنين أثلاثـًا فأشهد عليهما

وَتَمَلُّكُ مِلْكِ غَيْرِهِ لا يُجْعَلُ ثَمَرَةً مِنْ ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ وَأَشْبَاهِهَا،

فيه، ثم سقط الحائط وأصاب مالًا أو نفسًا كان الضمان عليهما أثلاثـًا بقدر الملك، فيجبُ أن يكون في المنفعة كذلك؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الخراج بالضَّمان» ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا مسألة الغنيمة فإن تفضيل الفارس بفرسه حكم عرف شرعًا بخلاف القياس، مع أن الفرس بانفراده لا يصلح علة الاستحقاق فيصلح مرجحًا في استحقاق بعض الغنيمة، وهاهنا ملك حر علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة؛ لما ذكرنا أن العلة لا تصلح مرجحة.

ولأن الإصابة بالقهر سببُ ملك الغنيمة ولكن في المصاب والمقهور، والمصاب يتفاوت بتفاوت الإصابة فلذلك تفاوتوا في القدر، كالجرح سبب ضمان المجروح، فلو رمى رجلان فأصابَ أحدهما رجلًا والآخر ذلك الرجل وآخر معه، تفاوتوا في الضمان لتفاوتهما في الجرح والمجروح، وأمَّا هاهنا فالمحل هو المبيع قلّ أو كثر، وكل نصيب وإن قل علة لاستحقاق كله، لا يزداد المحل بازدياد النصيب كالجروح في شخص واحد، فكل جرح علة تامَّة فلغى زيادة الجرح في إضافة الحكم إليها.

وأمَّا مسألة الميراث فإنا عللنا لإلغاء علةٍ ينضم إلى علة لحكم واحد في إيجاب زيادة، والأخ ما استحق زيادة علة انضمت إلى علة أخرى فلم يكن ذلك من هذا الجنس، ولكن تفاوت نصيبُ الأخ والأخت عند الانضمام باعتبار أن الشرع جعل عصوبة الأنثى بالذكر علة لاستحقاق نصف ما للذكر متفاوتـًا، لتفاوتهما في نفس العلة، لا أن تكون العلة مرجحة لعلة أخرى، بل العصوبة بالأخ غير العصوبة بالبنت، فإذا جاءت العصوبة بالأخ زالت العصوبة بالبنت، ثم العصوبة بالأخ متفاوتة في نفسها بالشرع فلم يكن هو من قبيل ترجيح العلة بعلة أخرى.

وأمَّا مسألة الحائط المائل فقلنا: إن ماتَ من وقع عليه الحائط، فإن جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة، وإن ماتَ بثقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثـًا؛ لأن التساوي بينهما في العلة لم يوجد، فإن ثقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل

وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ فَهِيَ لِلْبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَى عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الِانْتِقَاصَ

نصيب صاحب الكثير.

ولأن هذا راجع إلى ما يتولد من الملك كالولد والثمرة، وقد ذكرنا أن الشفعة ليست من ثمرات الملك؛ لأن تملك دار غيره لا يجوز أن يجعل ثمره من ثمرات ملكه، بل السبب أصل الملك لا قدره، والحكم لا يزداد بزيادة العلة، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الإيضاح».

قوله: وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ فَهِيَ لِلْبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَى عَدَدِهِمْ، اعلم أن الشفعاء إذا اجتمعوا في دار واحدة مثلًا، فحق كل واحد قبل الاستيفاء والقضاء ثابتٌ في جميع الدار لتكامل العلة في حقِّ كل واحد منهم، حتى أنه إذا كان للدار شفيعان سلم أحدُهُما الشفعة قبل الأخذ وقبل القضاء كان للآخر أن يأخذ الكل؛ لأن قبل الاستيفاء والقضاء وجد في حق كل واحد منهم سببُ ثبوت حق الشفعة في كل الدار، وأمكن الجمع بينهما؛ لأن الجمع بينهما ليس إلا الجمع بين الحقين في عين واحدة كملًا لفائدة، وهي أن أحدهما متى تركَ أخذَ الآخرُ الكلَّ، وهذا جائز كما لو رهن داره من رجلين فإنه يصير راهنًا كل العين من كل واحد منهما بجميع دينه، حتى لو قضى دين أحدهما كان للآخر أن يحبس الكل بدينه، إلا أنَّهما إذا طلبا قضى القاضي لكل واحدٍ منهما بالنصف للمزاحمة والضيق في المحل، فإذا سلم أحدهما قبل القضاء بقي حق الآخر في الكل، كما لو قتل الرجلين عمدًا فعفى عنه أحدهما كان للآخر أن يقتص منه بِهذا المعنى.

ثم لو سلم أحدهما لم يكن للآخر إلا أن يأخذها كلها أو يدعها؛ لأن مزاحمة المُسلِّم قد زالت، فكأنه لم يكن الشفيع في الابتداء إلا واحدًا، وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض؛ لما في أخذ البعض من تفريق الصفقة والإضرار بالمشتري في تبعّض الملك عليه، والشفيع بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الأخذ على وجه يكون فيه إلحاق الضرر بغيره، وإذا أراد أن يأخذَ الشفيع بالأخذ بدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الأخذ على وجه يكون فيه إلحاق الضرر بغيره، وإذا أراد أن يأخذ الشفيع النصف ورضي المشتري بذلك فله ذلك؛ لأن المانع حق المشتري، فإن قال المشتري: لا أعطيك إلا النصف، كان له

لِلْمُزَاحَمَةِ مَعَ كَمَالِ السَّبَبِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدِ انْقَطَعَتْ.

وَلَوْ كَانَ الْبَعْضُ غُيَّبًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَ الْحُضُورِ عَلَى عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الْغَائِبَ لَعَلَّهُ لا يَطْلُبُ، وَإِنْ قَضَى لِحَاضِرٍ بِالْجَمِيعِ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ يَقْضِي لَهُ بِالنِّصْفِ، وَلَوْ حَضَرَ ثَالِثٌ فَبِثُلُثِ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ، فَلَوْ سَلَّمَ الْحَاضِرَ بَعْدَمَا قَضَى لَهُ بِالْجَمِيعِ لا يَأْخُذُ

أن يأخذ الكل؛ لأن حقه ثابت في جميع الدار، فأكثر ما في الباب أن الغائب قد سلم له شفعته فللحاضر أن يأخذ الكل، كذا ذكره في باب الشهادة في الشفعة من شفعة «المبسوط».

ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع المبيع لما ذكرنا، وعند التسليم بقي حق الآخر في الكل كذلك، وهذا الذي ذكرناه قبل القضاء له بالنصف، وأمَّا بعد القضاء فليس للمسلِّم له الشفعة إلا ما هو نصيبه وهو النصف، فإنه إذا كان للدار شفيعان وقضى القاضي بالدار بينهما ثم سلم أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يأخذ الجميع؛ وهذا لأن القاضي لمَّا قضى بالدار بينهما صار كل واحد منهما مقضيًّا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، فيبطل شفعته فيما قضى به لصاحبه ضرورة، هذا الذي ذكره عند استواء الشفعاء في سبب الشفعة.

وكذا إذا كان بعضهم أقوى من البعض، فإنه إذا كان بعض الشفعاء أقوى من البعض فقضى القاضي بالشفعة للقوي بطل حق الضعيف، حتى أنه إذا اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء له كان للجار أن يأخذها بالشفعة، ولو قضى القاضي بالدار للشريك ثم سلم الشريك الشفعة فلا شفعة للجار.

قوله: لِأَنَّ الْغَائِبَ لَعَلَّهُ لا يَطْلُبُ، ولأن حق الحاضر في كل الدار ثابت بصفة التأكد؛ لأن تأكد الشفعة بالطلب وقد وجد الطلب من الشفيع الحاضر وحق الغائب لم يتأكد بعد، والحق المتأكد لا يؤخر لحق غير متأكدٍ، ومتى وقع الاستيفاء من الحاضرين إنَّما يبطل من حق الغائب ما كان يبطل لو كان حاضرًا، أمَّا الزيادة فلا، حتى أنه إذا كان للدار شفيعان: أحدهما حاضر والآخر غائب، وقضى القاضي للحاضر بكل الدار كان للغائب أن يأخذ النصف،

القَادِمُ إِلَّا النِّصْفَ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي بِالكُلِّ لِلْحَاضِرِ يَقْطَعُ حَقَّ الغَائِبِ عَنِ النِّصْفِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ القَضَاءِ.

وإذا جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح الجعل وسقط حقه، وقسمت على عدد من بقي؛ لأن نقل الحق في الشفعة لا يستقيم ولكن يسقط حقه بدلالة الإعراض فبقي حق الباقين.

وإن قال الذي قضى له بكل الدار أولًا للثاني: أنا أسلم لك الكل، فإمَّا أن تأخذ الكل أو تدع، فليس له ذلك وللثانِي أن يأخذ النصف، ولو كان الشفيع الحاضر لم يأخذ الدار من المشتري بالشفعة ولكن اشترى الدار منه ثم حضر الغائب، فإن شاء أخذ الدار كلها بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثانِي؛ أمَّا بالبيع الأوَّل فلأن الحاضر أسقط حقه في الشفعة لمَّا أقدم على الشراء وخرج من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل، وأمَّا بالبيع الثانِي فلأن الشريك المشتري أعرض عن الشفعة حيث أقدم على الشراء، ومع الإعراض لا يثبت له حق الشفعة في مخرج هو من البين فكان للآخر أن يأخذ الكل.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن حق الشفعة في البيع الثانِي إنَّما يثبت بعد تمام البيع الثانِي فلا يبطل بالإعراض قبله، والجواب: هو مُعرِضٌ بالشراء الثانِي؛ لأنه أقدم على الشراء مع ثبوت حق الشفعة له، فلا يثبت له بسبب هذا الشراء هذا الحق؛ لأنه يضمن هذا الشراء الإعراض، بخلاف الشفيع إذا اشترى ابتداءً؛ لأن شراءه لم يتضمن إعراضًا؛ لأنه مقبل على التملك وهو معنى الأخذ بالشفعة، ولو كان المشتري الأوَّل شفيعًا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب، فإن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأوَّل، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثانِي؛ لأن المشتري الأول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه مقبضًا عنه فبقي هو شفيعًا في البيع الأوَّل، فلا يكون الغائب بسبب البيع الأوَّل إلا النصف، وأمَّا العقد الثانِي فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب البيع الأول، فإذا اشترى سقطَ حقه عن البيع الأوَّل ولم يتعلق بعقده حقًّا له لكونه معرضًا، فلذلك كان للغائب أن يأخذ الكل بالبيع الثانِي، هذا كله ذكره في «المبسوط»، و«الذخيرة».

وفي الفصل الثانِي عشر من «الذخيرة» أيضًا: ودار بيعت ولها شفيعان أحدهما غائب،

قَالَ: (وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ) وَمَعْنَاهُ بَعْدَهُ لا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا الِاتِّصَالُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالوَجْهُ فِيهِ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَنْ مِلْكِ

فطلب الحاضر نصف الدار على حسبان أنه لا يستحق إلا النصف بطلت شفعته، وكذلك لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما نصف الدار بطلت شفعة كل واحد منهما.

قوله: وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ، وَمَعْنَاهُ بَعْدَهُ لا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا الِاتِّصَالُ، وهذا التأويل الذي ذكره، والتعليل الذي علل به مخالف لعامة روايات الكتب من «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«المغني» وغيرها.

وقد ذكرنا فساد قول من يقول بأن سببها الاتصال لا غير؛ لما أنه لو سلم الشفعة قبل البيع لا يبطل شفعته، ولو كان سببها الاتصال لا غير لبطلت شفعته لوجود التسليم بعد السبب، ولا اعتبار لوجود الشرط بعده في حق صحَّة التسليم، كأداء الزكاة قبل الحول، وإسقاط الدَّين المؤجَّل بالإبراء قبل حلول الأجل.

وقد ذكر في الباب الأول من شفعة «المبسوط» فقال: ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلًا؛ لأن وجوب حقه بالشراء والإسقاط قبل وجود سبب الوجوب يكون لغوًا، كالإبراء عن الثمن قبل البيع، وهذا لفظه بعينه، فقد ألحق وجوب الشفعة بوجوب الثمن والشراء بالبيع، ولا شك أن السبب لوجوب الثمن على المشتري هناك بيع البائع، فيجب أن يكون هاهنا أيضًا سبب وجوب الشفعة للشفيع شراء المشتري، مع أنه صرح باسم سبب وجوب الشفعة هو الشراء على ما ذكرنا، وهذا يقتضي أن يكون الشراء كل السبب فلا أقل من أن يكون الشراء جزء السبب كما ذكره في «الذخيرة»، و«المغني»، وأمَّا إلغاؤه عن السَّببية أصلًا فلا.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى **قوله: وَلَنَا أَنَّهُمُ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ،** إلى آخره.

قوله: أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا باع داره بشرط الخيار للبائع، فلا شفعة فيه على ما يجيء من الكتاب مع ظهور رغبته عن ملك الدار، قلتُ: في الإعراض هناك تردد لبقاء الخيار للبائع، بخلاف مسألة

الدَّارِ، وَالبَيْعُ يُعَرِّفُهَا وَلِهَذَا يُكْتَفَى بِثُبُوتِ البَيْعِ فِي حَقِّهِ حَتَّى يَأْخُذَهَا الشَّفِيعُ إِذَا أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ وَإِنْ كَانَ المُشْتَرِي يُكَذِّبُهُ.

قَالَ: (وَتَسْتَقِرُّ بِالإِشْهَادِ، وَلا بُدَّ مِنْ طَلَبِ المُوَاثَبَةِ)؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ يَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الإِشْهَادِ وَالطَّلَبِ لِيُعْلَمَ بِذَلِكَ رَغْبَتُهُ فِيهِ دُونَ إِعْرَاضِهِ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ طَلَبِهِ عِنْدَ القَاضِي وَلَا يُمْكِنُهُ إِلَّا بِالإِشْهَادِ.

قَالَ: (وَتُمْلَكُ بِالأَخْذِ إِذَا سَلَّمَهَا المُشْتَرِي أَوْ حَكَمَ بِهَا الحَاكِمُ)؛ لِأَنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِي قَدْ تَمَّ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الشَّفِيعِ إِلَّا بِالتَّرَاضِي أَوْ قَضَاءِ القَاضِي كَمَا فِي الرُّجُوعِ وَالهِبَةِ. وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هَذَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ وَبَاعَ دَارِهِ المُسْتَحَقَّ بِهَا الشُّفْعَةُ أَوْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ الدَّارِ المَشْفُوعَةِ قَبْلَ حُكْمِ الحَاكِمِ أَوْ تَسْلِيمِ المُخَاصِمِ

الإقرار بالبيع حيث يخير بانقطاع ملكه عن الدار بالكليَّة، فإقرار كل مقرٍّ حجة في حق نفسه فلذلك عومل به كما هو زعمه.

قوله: فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الشَّفِيعِ إِلَّا بِالتَّرَاضِي أَوْ قَضَاءِ القَاضِي، وفي «الذخيرة»: وللشفيع أن يمتنع من الأخذ بالشفعة وإن بذل له المشتري حتى يقضي القاضي له بِها؛ لأن في قضاء القاضي له زيادة فائدة وهي معرفة القاضي بسبب ملكه، وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين فكان الأخذ بقضاء القاضي أحوط.

قوله: وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هَذَا، وهو توقف الملك في الدار المشفوعة.

قوله: بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ، إلى وقت أخذ الدار المشفوعة بتسليم المشتري إلى الشفيع، أو إلى وقت حكم الحاكم، يعني: لا يثبت الملك للشفيع وإن وجد منه الطلبان: طلب المواثبة، وطلب الإشهاد، ما لم يوجد بعد ذلك أحد الشيئين: إمَّا تسليم المشتري بدون حكم الحاكم، أو حكم الحاكم، فإذا وجد أحدهما حينئذٍ يملك الشفيع الدار المشفوعة.

لا تُوَرَّثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ الأُولَى وَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ وَلا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ لِانْعِدَامِ المِلْكِ لَهُ. ثُمَّ قَوْلُهُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ بَيَانٌ أَنَّهُ لا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ مُعَارَضَةِ المَالِ بِالمَالِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: لا تُوَرَّثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ الأُولَى - وهي ما إذا ماتَ الشفيع بعد الطلبين؛ لأنه لم يملكها المورث فكيف يورث عنه - وَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ، أي: في الصورة الثانية وهي: ما إذا باع داره المستحق بها الشفعة؛ لأن سبب الأخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة، وقد زال ملكه عمَّا يستحق به الشفعة، ويأخذها قبل أن يأخذها، فلم يبق السبب قبل أن يثبت الحكم فلا يثبت الحكم.

قوله: وَلا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ، أي: لا يستحق الدار التي بيعت بالشفعة في الصورة الثالثة وهي: ما إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة؛ لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بِها غيرها، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَالخُصُومَةُ فِيهَا)

قَالَ: (وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالبَيْعِ أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ) اعْلَمْ أَنَّ الطَّلَبَ عَلَى ثَلاثَةِ أَوْجُهٍ: طَلَبُ المُوَاثَبَةِ وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ، حَتَّى لَوْ بَلَغَ الشَّفِيعُ البَيْعَ

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لمَّا لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه، وكيفيته، وتقسيمه.

قوله: طَلَبُ المُوَاثَبَةِ، سُمِّي به تبركًا بلفظ الحديث: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا»، أي: لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة، مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طيّ الأرض بمشيه.

قوله: وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ، أي: على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده إنسان أو لم يكن.

وذكر في «المبسوط»: وإذا علم بالبيع وهو بمحضر من المشتري فالجواب واضح، أي: يطلبها وهو ظاهر، وكذلك إن كان بمحضر من الشهود ينبغي له أن يشهدهم على طلبه، وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين يبيع ينبغي أن يطلب الشفعة، والطلب صحيح من غير إشهاد والإشهاد لمخافة الجحود، فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع.

وذكر في «شرح الأقطع»: وإنَّما يفعل ذلك - أي: يطلب وإن لم يكن عنده أحد - لئلا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته، وقال

وَلَمْ يَطْلُبْ شُفْعَةً بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا» وَلَوْ أُخْبِرَ بِكِتَابٍ وَالشُّفْعَةُ فِي أَوَّلِهِ أَوْ فِي وَسَطِهِ فَقَرَأَ الكِتَابَ إِلَى آخِرِهِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَعَلَى هَذَا عَامَّةُ المَشَايِخِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ.

ابن أبي ليلى: إن طلب إلى ثلاثة أيام فله الشفعة، وقال سفيان: له مهلة يوم من حين سمع، وقال شريك: هو على شفعته ما لم يطلبها صريحًا أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة.

وابن أبي ليلى كان يقول: يحتاج الشفيع إلى النظر والتأمل حتى يعلم أنه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يطلب هذه الشفعة، أو يتضرر به فيطلب الشفعة، ومثل هذا لا يوقف عليه إلا بالتأمل فيه مدةً فيجعل له من المدة ثلاثة أيَّام بمنزلة خيار الشرط، ولهذا قدر سفيان المدة بيوم.

واستدل علماؤنا رحمهم الله في ذلك بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا»، وفي رواية: «الشفعة كنشطِ العقال، إن أخذتها تثبت وإلا ذهبت»؛ لأنه إذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضى بمجاورة الجار الحادث، ودليل الرضا كصريح الرضا، ولو لم يجعل هذا دليل الرضا تضرر به المشتري، فإنه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ثمَّ يبطل تصرفه عليه، وفيه من الضرر ما لا يخفى، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المغني»: إذا سمع الشفيع ببيع الدار فسكت لا تبطل شفعته ما لم يعلم المشتريَ والثمنَ، كالبكر إذا استؤمرت فسكتت ثم علمت أن الأب زوجها من فلان فردت صح ردها، وأحاله إلى «فتاوى القاضي الإمام».

فإن قلتَ: لو أدركت الصغيرة وثبت لها خيار البلوغ والشفعة فلو قدمت اختيار نفسها تبطل الشفعة، ولو قدمت طلب الشفعة يبطل اختيار نفسها، ما الحيلة لها حتى لا يبطل كلامها؟

قلتُ: الحيلة فيه هي أن نقول: طلبتُ حقين لي: الشفعة والخيار فصح كلاهما، هكذا ذكر في فصل الطلب في «فتاوى قاضي خان رحمه الله».

وفيها أيضًا: دار بيعت بجنب دار رجل والجار يزعم أن رقبة الدار المبيعة له، ويخاف أنه لو ادعى رقبتها تبطل شفعته؛ لأن مالك الدار لا يكون شفيعًا، وإن ادعى الشفعة لا يمكنه

وَعَنْهُ أَنَّ لَهُ مَجْلِسَ العِلْمِ، وَالرِّوَايَتَانِ فِي النَّوَادِرِ. وَبِالثَّانِيَةِ أَخَذَ الكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّمَلُّكِ لا بُدَّ لَهُ مِنْ زَمَانِ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي المُخَيَّرَةِ، وَلَوْ قَالَ بَعْدَمَا بَلَغَهُ البَيْعُ «الحَمْدُ لِلَّهِ» أَوْ «لا حَوْلَ وَلا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ» أَوْ قَالَ «سُبْحَانَ اللهِ» لا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ حَمْدٌ عَلَى الخَلَاصِ مِنْ جِوَارِهِ وَالثَّانِيَ تَعَجُّبٌ مِنْهُ لِقَصْدِ إِضْرَارِهِ، وَالثَّالِثَ لِافْتِتَاحِ كَلَامِهِ فَلَا يَدُلُّ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَى الإِعْرَاضِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ مَنِ ابْتَاعَهَا وَبِكَمْ بِيعَتْ؛ لِأَنَّهُ يَرْغَبُ فِيهَا بِثَمَنٍ دُونَ ثَمَنٍ وَيَرْغَبُ عَنْ مُجَاوَرَةِ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، وَالمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الكِتَابِ أَشْهَدُ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ طَلَبَ المُوَاثَبَةِ، وَالإِشْهَادُ فِيهِ لَيْسَ بِلَازِمٍ، إِنَّمَا هُوَ لِنَفْيِ التَّجَاحُدِ وَالتَّقْيِيدُ بِالمَجْلِسِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا

دعوى الدار أنَّها له، ماذا يصنع حتى لا تبطل شفعته؟

قالوا: يقول هذه الدار داري وأنا أدعي رقبتها، فإن وصلتُ إليها وإلا فأنا على شفعتي منها؛ لأن هذه الجملة كلامٌ واحدٌ فلم يتحقق السكوت عن طلب الشفعة.

قوله: لا بُدَّ لَهُ مِنْ زَمَانِ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي المُخَيَّرَةِ، فإن لها الخيار ما دامت في مجلسها، والجامعُ حاجة الرأي والتأمل؛ ولأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه، فهذا مثله.

قوله: وَلَوْ قَالَ بَعْدَمَا بَلَغَهُ الْخَبَرُ «الحَمْدُ لِلَّهِ»، أو قال: خلصني الله من فلان، ثم طلب الشفعة فهو على شفعته، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَالإِشْهَادُ فِيهِ - أي: في طلب المواثبة - لَيْسَ بِلَازِمٍ، إنَّما هو لنفي التجاحد؛ وذلك لأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنَّما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، وغير راضٍ بجوار هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط فيه، وكذلك حضرة واحد من الأشياء الثلاثة: البائع، أوالمشتري، أو الدار ليس بشرط لصحة هذا الطلب.

اخْتَارَهُ الكَرْخِيُّ. وَيَصِحُّ الطَّلَبُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ كَمَا لَوْ قَالَ: طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ أَوْ أَطْلُبُهَا أَوْ أَنَا طَالِبُهَا؛ لِأَنَّ الاِعْتِبَارَ لِلْمَعْنَى، وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ بَيْعَ الدَّارِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الإِشْهَادُ حَتَّى يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ وَاحِدٌ عَدْلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا صَبِيًّا كَانَ أَوِ امْرَأَةً إِذَا كَانَ الخَبَرُ حَقًّا. وَأَصْلُ الاِخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَائِلِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَهَذَا بِخِلَافِ المُخَيَّرَةِ إِذَا أَخْبَرَتْ

وإنَّما ذكر أصحابنا رحمهم الله الإشهادَ عند الطلب لا لأنه شرط صحة هذا الطلب، ولكن لأن المشتري لو جحد هذا الطلب فالشهود يشهدون له على ذلك، وهو نظير ما قال أصحابنا في الأب: إذا وهب لابنه الصغير هبة وأشهد على ذلك ما ذكروا الإشهاد لكونه شرطًا لصحة الهبة، ولكن لأنه لو جحد فالشهود يشهدون، وكذلك ذكروا الإشهاد على طلب التفريغ في الحائط المائل على طريق الاحتياط لا لأنه شرط صحة التفريغ، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

قوله: وَيَصِحُّ الطَّلَبُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ، حتى حُكي عن الشيخ الإمام الأجل الجليل، أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله: لو وجبت الشفعة لقروي فقال: شُفْعَهْ شُفْعَهْ، كان ذلك منه طلبًا صحيحًا تامًّا، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المغني»: ومنهم من يقول: أطلب الشفعة وآخذها، ولو قال: طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ، وأخذتها بطلت شفعته.

قوله: وَأَصْلُ الاِخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَائِلِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ، أراد به ما ذكره في أواخر فصل القضاء بالمواريث، وهو من فصول كتاب أدب القاضي، وأراد بأخواته: إِذَا أُخْبِرَ المَوْلَى بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعُ وَالبِكْرُ وَالمُسْلِمُ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ المُخَيَّرَةِ إِذَا أَخْبَرَتْ عِنْدَهُ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله، يعني:

عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلزَامُ حُكْمٍ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْبَرَهُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ وَالعَدَالَةُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي الخُصُومِ. وَالثَّانِي طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالإِشْهَادِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ القَاضِي عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلا يُمْكِنُهُ الإِشْهَادُ ظَاهِرًا عَلَى طَلَبِ المُوَاثَبَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى فَوْرِ العِلْمِ بِالشِّرَاءِ فَيَحْتَاجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى طَلَبِ الإِشْهَادِ وَالتَّقْرِيرِ وَبَيَانُهُ

أن المخبر إذا أخبر المرأة بأن زوجها خيرها في نفسها صارت المرأة مخيرةً سواء كان المخبر عدلًا أو غير عدلٍ، حتى لو اختارت نفسها في مجلسها يقع الطلاق، وإلا فلا، ولا يشترط في المخبر أحد شرطي الشهادة، بخلاف مخبر الشفيع بالبيع حيث يشترط فيه أبو حنيفة رحمه الله أحد شرطي الشهادة، وهو العدد أو العدالة على ما ذكر.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْبَرَهُ المُشْتَرِي، حيث لا يشترط في المشتري أيضًا أحد شرطي الشهادة، يعني: أن المشتري إذا قال للشفيع: قد اشتريتُ فلم يطلب الشفيع شفعته بطلت شفعته وإن لم يكن المشتري عدلًا؛ لأن المشتري خصم في هذا والعدالة في الخصوم ليست بشرطٍ، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَالثَّانِي طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالإِشْهَادِ، وهذا الطلب إنما يصح عند حضرة واحد من الثلاثة: إمَّا المشتري، وإمَّا البائع، وإمَّا الدار.

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء الثلاثة، حتى لو تمكن ولم يطالب بطلت شفعته.

وقال شيخ الإسلام رحمه الله في «شرحه»: إن الشفيع إنما يحتاج إلى طلب المواثبة ثم إلى طلب الإشهاد بعده إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراءَ حال غيبته عن المشتري والبائع والدار، أمَّا إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء فطلب طلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه، ويقوم ذلك مقام طلبين.

فإن قصد الأبعدَ من هذه الأشياء الثلاثة وترك الأقرب، فإن كانوا جملة في مصر واحد فالقياس أن يبطل شفعته، وفي الاستحسان لا تبطل؛ لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة

مَا قَالَ فِي الكِتَابِ (ثُمَّ يَنْهَضُ مِنْهُ) يَعْنِي مِنَ المَجْلِسِ (وَيَشْهَدُ عَلَى البَائِعِ إِنْ كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ) مَعْنَاهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَى المُشْتَرِي (أَوْ عَلَى المُبْتَاعِ أَوْ عِنْدَ العَقَارِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ اسْتَقَرَّتْ شُفْعَتُهُ) وَهَذَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ لِلْأَوَّلِ اليَدَ وَلِلثَّانِي المِلْكَ، وَكَذَا يَصِحُّ الإِشْهَادُ عِنْدَ المَبِيعِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِنْ سَلَّمَ البَائِعُ المَبِيعَ لَمْ يَصِحَّ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِخُرُوجِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ خَصْمًا، إِذْ لا يَدَ لَهُ وَلا مِلْكَ فَصَارَ كَالأَجْنَبِيِّ. وَصُورَةُ هَذَا الطَّلَبِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ فُلَانًا اشْتَرَى هَذِهِ الدَّارَ وَأَنَا شَفِيعُهَا وَقَدْ كُنْتُ طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ وَأَطْلُبُهَا الآنَ فَاشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ المَبِيعِ وَتَحْدِيدُهُ؛ لِأَنَّ المُطَالَبَةَ لا تَصِحُّ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ.

حكماً، ولو كانوا في مكان واحد حقيقة وطلب عند أحدهم وترك الطلب عند الآخرين أليس أنه يصح طلبه؟ كذا هاهنا.

أمَّا لو كان الشفيع بحضرة أحد هؤلاء الثلاثة والآخران في مصر آخر، أو في رستاق هذا المصر الذي الشفيعُ فيه فقصد الأبعد وترك الطلب عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسًا واستحسانًا؛ لأن مصرًا آخر أو رستاق هذا المصر مع المصر لم يجعل كمكان واحدٍ، فإذا ترك الطلب عند الأقرب فقد ترك الطلب مع الإمكان فتبطل.

قوله: ثُمَّ يَنْهَضُ مِنْهُ، أي: يقوم.

قوله: وَيَشْهَدُ عَلَى البَائِعِ إِنْ كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ، وأمَّا إذا لم يكن المبيع في يده ذكر أبو الحسن القدوري والناطفي رحمهما الله: أنه لا يصح الطلب عنده، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أنه صحيح استحسانًا، وهكذا ذكره الشيخ الإمام أحمد الطواويسي.

قوله: أَوْ عَلَى المُبْتَاعِ، أي: المشتري أطلق هذا، ولم يقيد بكون الدَّار في يد المشتري؛ لأن هذا لا يتفاوت، فإن الطلب عند المشتري صحيح سواء كانت الدار في يد المشتري، أو

وَالثَّالِثُ طَلَبُ الخُصُومَةِ وَالتَّمَلُّكِ، وَسَنَذْكُرُ كَيْفِيَّتَهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلا تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ تَرَكَهَا شَهْرًا بَعْدَ الإِشْهَادِ بَطَلَتْ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، مَعْنَاهُ: إِذَا تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ المُخَاصَمَةَ فِي مَجْلِسٍ مِنْ مَجَالِسِ القَاضِي تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَضَى مَجْلِسٌ مِنْ مَجَالِسِهِ وَلَمْ يُخَاصِمْ فِيهِ اخْتِيَارًا دَلَّ ذَلِكَ عَلَى إِعْرَاضِهِ وَتَسْلِيمِهِ.

في يد البائع، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: مَعْنَاهُ: إِذَا تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ، وفي «الذخيرة»، و«المغني»: فإن ترك الشفيع الطلب الثالث، يعني: بعدما طلب الطلبين لو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقضى له بالشفعة، هل تبطل شفعته؟

أجمعوا على أنه إذا ترك هذا الطلب بعذر من مرض، أو حبس أو غير ذلك، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب أنه لا تبطل شفعته وإن طالت المدة، وإن ترك هذا الطلب بغير عذر فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تبطل شفعته وإن طالت المدة، وعلى قولهما تبطل إذا طالت المدة، واختلفت الروايات عنهما في طول المدَّة، ففي رواية عن محمد رحمه الله تقدر بثلاثة أيام، وفي رواية أخرى أنه قدره بشهر، وهو إحدى الروايات عن أبي يوسف رحمه الله، قال شيخ الإسلام رحمه الله: الفتوى اليوم على هذا، وهكذا ذكر أيضًا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، فكان ما اختاره في الكتاب بأن الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله مخالفًا لروايات هذه الكتب.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني»: الشفيع بالجوار إذا خاف أنه لو طلب الشفعة عند القاضي والقاضي لا يرى ذلك تبطل شفعته فلم يطلب فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر.

وحُكي عن الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمه الله أنه قال: إذا كان الشفيع علم

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الخُصُومَةِ مِنْهُ أَبَدًا يَتَضَرَّرُ بِهِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ التَّصَرُّفُ حَذَارِ نَقْضِهِ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ فَقَدَّرْنَاهُ بِشَهْرٍ؛ لِأَنَّهُ آجِلٌ وَمَا دُونَهُ عَاجِلٌ عَلَى مَا مَرَّ فِي الأَيْمَانِ. وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى أَنَّ الحَقَّ مَتَى ثَبَتَ وَاسْتَقَرَّ لا يَسْقُطُ إِلَّا بِإِسْقَاطِهِ وَهُوَ التَّصْرِيحُ بِلِسَانِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الضَّرَرِ يَشْكُلُ بِمَا إِذَا كَانَ

بالشراء وطلب طلب المواثبة ثبتَ حقه، لكن إذا قال بعد ذلك: علمتُ منذ كذا وطلبتُ لا يصدق على الطلب، ولو قال: ما علمتُ إلا السَّاعة يكون كاذبًا، فالحيلة في ذلك أن يقول لإنسان: أخبرني بالشراء فأخبره، ثم يقول: الآن أخبرتُ ويكون صادقًا، وإن كان أخبر قبل ذلك.

قوله: لِأَنَّهُ آجِلٌ - أي لأن الشهر آجل - وَمَا دُونَهُ عَاجِلٌ، بدليل مسألة اليمين: ليقضين حقه عاجلًا فقضاه فيما دون الشهر برَّ في يمينه.

قوله: وَمَا ذَكَرَ مِنَ الضَّرَرِ يَشْكُلُ بِمَا إِذَا كَانَ غَائِبًا - أي: إذا كان الشفيع غائبًا - وَلا فَرْقَ فِي حَقِّ المُشْتَرِي، أي: لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين أن يكون الشفيع حاضرًا أو غائبًا، ثم لم يعتبر ضرره فيما إذا كان الشفيع غائبًا حيث لم يبطل حق الشفيع بتأخير هذا الطلب، وهو طلب الخصومة فيما إذا كان غائبًا بالاتفاق، فيجب أن لا يبطل أيضًا فيما إذا كان الشفيع حاضرًا وأخَّر طلب الخصومة.

وفي «الذخيرة»: وإذا كان الشفيع غائبًا فعلم بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب المواثبة، ثم له من الآجل على قدر المسير إلى المشتري، أو البائع، أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد والتقرير، فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب، أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له، فإن قدم المصر الذي فيه الدار فتغيَّب المشتري فطلب الشفيعُ طلبَ الإشهاد والتقرير عند البائع إذا كانت الدار في يده، أو عند الدار، ثم ترك الطلب الآخر فإنه لا تبطل شفعته وإن طال ذلك بلا خلاف؛ لأنه إنَّما ترك هذا الطلب بعذر؛ لأنه لا يمكنه اتباع المشتري لأجل الخصومة؛ لأنه كلما قدم مصرًا فيه المشتري ليخاصمه ويأخذ

غَائِبًا، وَلا فَرْقَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي بَيْنَ الحَضَرِ وَالسَّفَرِ، وَلَوْ عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي البَلَدِ قَاضٍ لا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ بِالتَّأْخِيرِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ لا يَتَمَكَّنُ مِنَ الخُصُومَةِ إلَّا عِنْدَ القَاضِي فَكَانَ عُذْرًا.

قَالَ: (وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي فَادَّعَى الشِّرَاءَ وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ سَأَلَ القَاضِي

منه يهرب المشتري إلى مصر آخر، وتركُ هذا الطلب بعذر لا يوجب بطلان الشفعة.

وقوله: لا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ بِالتَّأْخِيرِ، أي: بتأخير هذا الطلب وهو طلب الخصومة.

قوله: وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي - هذا هو كيفية طلب الخصومة التي كان وعدها قبل هذا - فَادَّعَى الشِّرَاءَ وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ، وصورة ذلك أن يقول الشفيع للقاضي: إن فلانـًا اشترى دارًا ويُبين مصرها، ومحلتها، وحدودها، وأنا شفيعها بدار لي وبيَّن حدودها، فمُرْه بتسليمها إليَّ، وإنَّما يبين هذه الأشياء؛ لأن الدعوى إنَّما تصح في المعلوم، وإعلام العقار بِهذه الأشياء، فبعد ذلك يسأله القاضي أن المشتري هل قبض الدار أم لا؟ لأنه إذا لم يقبضها من البائع لا تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع؛ لأن اليد للبائع، فإذا ذكر القبض ينبغي أن يسأله بأيّ سبب تدعي الشفعة؛ وهذا لأن أسباب الشفعة مما يختلف فيها العلماء، بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل - وهو قول شريح، ذكره في «المبسوط» - إذا كان أقرب بابـًا.

وعندنا الشفعة على مراتب فلا بد من أن يبين سببها لينظر القاضي أن ما زعمه سببـًا هل هو سببٌ؟ وبعد أن يكون سببًا هل هو محجوب بغيره؟ وإذا بيَّن المدعي أنه ليس بمحجوب بغيره سأله القاضي: متى علمتَ بالشراء؟ وكيف صنعَت حين علمتَ؟

قال مشايخنا رحمهم الله: والصحيح أن القاضي يقول له: متى أخبرتَ بالشراء؟ وكيف صنعتَ متى أخبرت بالشراء؟ وإنَّما اختاروا الإخبار؛ لأن العلم لا يثبت إلا بدليل مقطوع به، والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر إليه، وإنَّما يسأله القاضي عن وقت الإخبار، أو عن وقت العلم حتى يرى القاضي أن المدَّة هل تطاولت من وقت العلم، أو من وقت

المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِمِلْكِهِ الَّذِي يُشْفَعُ بِهِ،

الإخبار إلى وقت المرافعة إلى القاضي؟ فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تطاولت المدَّة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه، وعليه الفتوى.

ثم إذا سأله عن طلب المواثبة فقال: طلبتُ حين علمتُ، أو قال: حين أخبرتُ من غير لبث سأله عن طلب الإشهاد: هل طلبتَ طلب الإشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير؟ فإن قال: نعم سأله أن الذي طلب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره؟ فإن قال: نعم تبين أن الإشهاد قد صح، ثم إذا تبين ما صحَّ عنده الطلب فقد صحَّحَ دعواه، فبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي، فإن أنكر أن يكون شفيعها وأنكر سبب شفعته بأن كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار، والمدعى عليه أنكر أن يكون المدعي جارًا للدار المشتراة، وأن تكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدَّعي فالقول قوله.

وإن كانت تلك الدار في يد المدعي وعلى المدعي أن يقيم البينة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة تحتمل أن تكون يد ملك وتحتمل أن تكون يد إجازة أو إعارة، والمحتمل لا يصلح حجة، أقصى ما فيه أن يكون الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفي لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يكفي لاستحقاق أمر لم يكن، وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشتري والظاهر لايكفي لذلك، وإن لم يكن له بينة وأراد استحلاف المشتري فله ذلك؛ لأنه هو المنكر في الحقيقة.

ثم على قول أبي يوسف يستحلف على العلم، وعلى قول محمد رحمهما الله على البتات؛ لأن المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكر وهناك يحلف على البتات، كذا هاهنا.

فبعد ذلك ينظر إن كان المدعى عليه مقرًّا أن المدعي طلب طلب المواثبة وطلب الإشهاد فقد ثبتَ ما ادَّعاه، وإن كان منكرًا وجب على المدعي إقامة البينة على ذلك، وكذلك في غيره، كذا في «الذخيرة».

وهذا الذي ذكرتُه أبين ممَّا أحال بيانه على الكتاب الموسوم بـ«التجنيس والمزيد»،

وَإِلَّا كَلَّفَهُ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ)؛ لِأَنَّ اليَدَ ظَاهِرٌ مُحْتَمِلٌ فَلَا تَكْفِي لِإِثْبَاتِ الِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَسْأَلُ القَاضِي المُدَّعِيَ قَبْلَ أَنْ يُقْبِلَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ مَوْضِعِ الدَّارِ وَحُدُودِهَا؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى حَقًّا فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى رَقَبَتَهَا، وَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ يَسْأَلُهُ عَنْ سَبَبِ شُفْعَتِهِ لِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا، فَإِنْ قَالَ: أَنَا شَفِيعُهَا بِدَارٍ لِي تُلَاصِقُهَا الآنَ تَمَّ دَعْوَاهُ عَلَى مَا قَالَهُ الخَصَّافُ.

وَذَكَرَ فِي الفَتَاوَى تَحْدِيدَ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا أَيْضًا، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الكِتَابِ

وهما معًا اسم كتاب واحد للمصنف رحمه الله في الفتاوى.

وقوله: وَإِلَّا كَلَّفَهُ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ، أي: إن لم يعترف المشتري بِمِلْكِهِ الَّذِي يُشْفَعُ بِهِ كلف القاضي الشفيع إقامة البينة يشهدون على أن الذي يشفع به ملك الشفيع، وهذا هو ظاهر الرواية فإنه لا يقضي القاضي له بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة.

وعن أبي يوسف رحمه الله أن القول في ذلك قول الشفيع ويقضى له بالشفعة، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن طريق معرفة الملك اليد، ولهذا تجوز الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده، وكما أن القاضي لا يقضى إلا بالعلم فكذلك الشاهد لا يجوز له أن يشهد إلا بالعلم، ولمَّا صلح ظاهر اليد لذلك هناك وجب أن يصلح هاهنا.

ووجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير، ولهذا جعلنا اليد حجَّة للمدعى عليه ليدفع بها استحقاق المدَّعي، وحجة في حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه، وحاجة ذي اليد هاهنا إلى إثبات الاستحقاق فيما في يد الغير، والظاهر لا يكفي لذلك فلا بد من أن يثبت الملك له بالبينة، وهو نظير ما لو طعن المشهود عليه في الشاهد أنه عبد يحتاج إلى إقامة البينة على حريته؛ لأن ثبوت حريته باعتبار الظاهر.

وإذا وجد قتيل في دار إنسان فأنكرت عاقلته كون الدار له يحتاج إلى إثبات الملك

الْمَوْسُومِ بِالتَّجْنِيسِ وَالمَزِيدِ.

قَالَ: (فَإِنْ عَجَزَ عَنِ البَيِّنَةِ اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِيَ بِاللهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يُشْفَعُ بِهِ) مَعْنَاهُ بِطَلَبِ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ مَعْنًى لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ، ثُمَّ هُوَ اسْتِحْلَافٌ عَلَى مَا فِي يَدِهِ فَيَحْلِفُ عَلَى العِلْمِ (فَإِنْ نَكَلَ أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ثَبَتَ مِلْكُهُ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا وَثَبَتَ الجِوَارُ فَبَعْدَ ذَلِكَ سَأَلَهُ القَاضِي) يَعْنِي المُدَّعَى عَلَيْهِ (هَلِ ابْتَاعَ أَمْ لا، فَإِنْ أَنْكَرَ الِابْتِيَاعَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ أَقِمِ البَيِّنَةَ)؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لا تَجِبُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ البَيْعِ وَثُبُوتُهُ بِالحُجَّةِ.

بالبينة ليقضى بالدية على عاقلته، كذا في باب الوكالة بالشفعة من شفعة «المبسوط».

قوله: فَإِنْ عَجَزَ عَنِ البَيِّنَةِ اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِيَ بِاللهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ، من الاستحقاق على العلم هو قول أبي يوسف، وأمَّا على قول محمد رحمهما الله فعلى البتات، وقد ذكرتُه من «الذخيرة».

قوله: وَذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ بِتَوْفِيقِ اللهِ تَعَالَى، وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى بقوله: فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه، إلى أن قال: وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أمَّا على قول أبي يوسف رحمه الله فيحلف في جميع ذلك على السَّبب، إلى آخره.

وفي «الذخيرة»: وإن أنكر المدعى عليه جميع ذلك بأن قال: لا شفعة له قبلي، فالقول قوله ويسأل القاضي المدعي: هل لك بينة على ما تدعي؟ فإن قال: لا بينة لي وطلب يمين المدعى عليه حلفه القاضي؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقرَّ به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف كما في سائر الدعاوي ثم القاضي يحلفه على السبب: بالله ما اشتريت الدار التي بين حدودها ووصف في هذه الدعوى، ولا يحلفه على الحاصل بالله ما لهذا قبلك شفعة من الوجه الذي ادعى، وإنما حلف على السَّبب نظرًا للمدعي؛ لأن الدعوى وقعت في الشفعة بسبب الجوار،

قَالَ: (فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِيَ بِاللهِ مَا ابْتَاعَ أَوْ بِاللهِ مَا اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ) فَهَذَا عَلَى الحَاصِلِ، وَالأَوَّلُ عَلَى السَّبَبِ وَقَدِ اسْتَوْفَيْنَا الكَلَامَ فِيهِ فِي الدَّعْوَى، وَذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ بِتَوْفِيقِ اللهِ، وَإِنَّمَا يُحَلِّفُهُ عَلَى البَتَاتِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْلَافُ فِعْلِ نَفْسِهِ وَعَلَى مَا فِي يَدِهِ أَصَالَةً، وَفِي مِثْلِهِ يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إِلَى مَجْلِسِ القَاضِي، فَإِذَا قَضَى القَاضِي بِالشُّفْعَةِ لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ) وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصْلِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا يَقْضِي حَتَّى يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ، وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ عَسَاهُ يَكُونُ مُفْلِسًا فَيَتَوَقَّفُ القَضَاءُ عَلَى إِحْضَارِهِ حَتَّى لا يَتْوِيَ مَالُ المُشْتَرِي. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لا ثَمَنَ لَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ القَضَاءِ، وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ

وبين العلماء اختلاف ظاهر في استحقاق الشفعة بالجوار، فلو حلفناه على الحاصل ربَّما يتأوَّل قول من لا يرى استحقاق الشفعة بالجوار فلا يحنث في يمينه فيتضرر به المدعي.

فإن قيل: كما أن التحليف على الحاصل ضرر للمدعي ففي التحليف على السبب ضرر للمدعى عليه، لجواز أنه اشترى ولا شفعة للشفيع بأن سكت عن الطلب أو سلم الشفعة، قلنا: القاضي لا يجد بدًّا من إلحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي بالنظر له، ودفع الضرر عنه أوْلَى؛ لأن السبب الموجب للشفعة في حقه قد وجد، وسقوط الحق بعد وجود سبب وجوبه إنَّما يكون بعارض المسقط فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على خلافه.

قوله: وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لا ثَمَنَ لَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ القَضَاءِ، يعني: لا ثمن للمشتري على الشفيع قبل قضاء القاضي بالشفعة للشفيع، فكيف يطلب المشتري الثمن من الشفيع قبل الوجوب، فلا بدَّ من قضاء القاضي له بالشفعة حتى يتمكن المشتري من مطالبة الثمن من الشفيع،

تَسْلِيمُهُ، فَكَذَا لا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُهُ (وَإِذَا قَضَى لَهُ بِالدَّارِ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) وَيَنْفُذُ القَضَاءُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ فَيُحْبَسُ فِيهِ، فَلَوْ أَخَّرَ أَدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَالَ لَهُ ادْفَعِ الثَّمَنَ إِلَيْهِ لا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تَأَكَّدَتْ بِالخُصُومَةِ عِنْدَ القَاضِي.

قَالَ: (وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ، وَالمَبِيعُ فِي يَدِهِ فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ

إلى هذا أشار في «المبسوط».

وقال بعد قول محمد رحمه الله: ولكنَّا نقول: ما لم يجب الثمن عليه لا يطالب بإحضاره، ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضي له بالدار، فالقاضي يقضي له بحقه قبل إحضار الثمن ويجعل المشتري أحق بإمساكها إلى أن يستوفى الثمن فتدفع الدار إليه كما في الحكم بين البائع والمشتري.

وذكر في «الذخيرة» محيلًا إلى «شرح الطحاوي» فقال: وفي «شرح الطحاوي»: لا ينبغي للقاضي أن يقضى للشفيع بالشفعة حتى يحضر الثمن، وإن قضى لا ينقض قضاؤه ولكن للمشتري أن يحبس الدار حتى ينقد الشفيعُ الثمنَ، فإن الشفيع لو قال: ليس عندي الثمن أحضره اليوم، أو قال: غدًا، وما أشبه ذلك فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ويبطل حقه في الشفعة.

ثم قال: فرق بين هذا وبين المشتري مع البائع، فإن المشتري إذا لم يدفع الثمن إلى البائع في الحال وما طلبه في ذلك لا يبطل الشراء، والفرق أن البائع لمَّا أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بإبطال ملك المشتري، وإنَّما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع، فأمَّا المشتري هاهنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال: أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه، بل الشفيع يتملك عليه كرهًا دفعًا للضرر عن نفسه، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا قال: ليس عندي الثمن، أو قال: أحضره غدًا.

وقوله: فَيُحْبَسُ فِيهِ، أي: يحبس المبيع في يد المشتري حتى يأخذ الثمن.

اليَدَ لَهُ وَهِيَ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ) وَلا يَسْمَعُ القَاضِي البَيِّنَةَ حَتَّى يَحْضُرَ المُشْتَرِي فَيَفْسَخ البَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ وَيَقْضِيَ بِالشُّفْعَةِ عَلَى البَائِعِ وَيَجْعَلَ العُهْدَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِي وَاليَدَ لِلْبَائِعِ، وَالقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الدَّارُ قَدْ قُبِضَتْ حَيْثُ لا يُعْتَبَرُ حُضُورُ البَائِعِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَجْنَبِيًّا إِذْ لا يَبْقَى لَهُ يَدٌ وَلا مِلْكٌ. وَقَوْلُهُ فَيَفْسَخُ البَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ إِشَارَةٌ إِلَى عِلَّةٍ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّ البَيْعَ فِي حَقِّ المُشْتَرِي إِذَا كَانَ يَنْفَسِخُ لا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالفَسْخِ عَلَيْهِ، ثُمَّ وَجْهُ هَذَا الفَسْخِ المَذْكُورِ أَنْ يَنْفَسِخَ فِي حَقِّ الإِضَافَةِ لِامْتِنَاعِ قَبْضِ المُشْتَرِي بِالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ الفَسْخَ،

قوله: وَهِيَ أَنَّ البَيْعَ فِي حَقِّ المُشْتَرِي إِذَا كَانَ يَنْفَسِخُ لا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالفَسْخِ عَلَيْهِ، فيكون اشتراط حضور المشتري معلولًا بعلتين: بعلة أنه يصير مقضيًّا عليه في حق الملك؛ لأنه ذكر قبل هذا بقوله: لِأَنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِي وَاليَدَ لِلْبَائِعِ، وَالقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِمَا، وبعلة أنه يصير مقضيًّا عليه في حق الفسخ كما ذكر هاهنا بقوله: لِيَقْضِيَ بِالفَسْخِ عَلَيْهِ، والقضاء على الغائب لا يجوز ملكًا أو فسخًا فلا بد من حضوره.

قوله: ثُمَّ وَجْهُ هَذَا الفَسْخِ المَذْكُورِ - وهو قوله: فَيَفْسَخُ البَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ - أَنْ يَنْفَسِخَ - أي: عند فسخ القاضي - فِي حَقِّ الإِضَافَةِ، أي: إضافة البيع إلى المشتري، المراد من الإضافة هو انتقال كاف الخطاب في قول البائع: بعتُ منك من المشتري إلى الشفيع، فصار كأن البائع خاطب الشفيع بقوله: بعتُ منك.

وقوله: لِامْتِنَاعِ قَبْضِ المُشْتَرِي، يتعلق بقوله: أَنْ يَنْفَسِخَ.

وقوله: بِالأَخْذِ، أي: بسبب أخذ الشفيع بالشفعة، يعني: لمَّا أخذ الشفيعُ الدار بالشفعة من المشتري يفسخ القاضي البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، صار ذلك الانفساخ

إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى أَصْلُ الْبَيْعِ لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، وَلَكِنَّهُ تَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إِلَيْهِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هُوَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ فَلِهَذَا يَرْجِعُ بِالْعُهْدَةِ عَلَى الْبَائِعِ، بِخِلَافِ

الحاصل من فسخ القاضي منحصرًا في حق المشتري لا في حق البائع، وصار الشفيع بسبب أخذ الدار بالشفعة قائمًا مقام المشتري في حق كاف الخطاب الذي خاطبه البائع بقوله: بعتُ منك، فصار كأن البائع أضاف البيع إلى الشفيع تقديرًا في ذلك الخطاب.

وإنَّما قلنا أنه انفسخ في حق المشتري؛ لأنه لمَّا قام الشفيع مقام المشتري في حق إضافة البيع والدارُ غير مقبوضة للمشتري والكلام فيه، ولا يقبضها أبدًا بِهذا البيع صار كأنَّ المبيع هلك قبل أن يصل إلى المشتري، وذلك يوجب انفساخ العقد فكذا هنا، وإنَّما احتجنا إلى هذا التكلف كله من انفساخ البيع في حق المشتري دون البائع؛ لأنه لو انفسخ البيع من كل وجهٍ في حق البائع والمشتري جميعًا صار كأن البيع لم يكن أصلًا؛ لأن الانفساخ من كل وجه عبارة عنه فحينئذٍ يبطل حق الشفعة أيضًا؛ لأن الشفعة إنَّما تجب بالبيع، فلو قلنا بالفسخ في حقهما جميعًا صار كأن البيع لم يكن موجودًا أصلًا فلا تجب الشفعة، وما جعلنا الفسخ في حق المشتري إلا لأجل إيجاب الشفعة للشفيع، فلذلك أبقينا عقد البيع في حق البائع ليكون أخذ الشفيع الشفعة بناءً عليه.

وإلى هذا أشار بقوله: **إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى أَصْلُ الْبَيْعِ لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، وَلَكِنَّهُ تَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إِلَيْهِ**، وأوضح هذا التقرير في «الإيضاح» و«الذخيرة»، فقال في «الذخيرة»: وإن أخذها من البائع فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا؛ لأن بالأخذ من البائع ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري، ويقع التملك على البائع هو المذهب عند علمائنا.

ثم قال: وقيل: معنى انتقاض البيع فيما بين البائع والمشتري الانتقاض في حق الإضافة إليه، فإن قول البائع للمشتري: بعتُ هذا الدار، إثبات للبيع، وقوله: منك إضافة إليه، فإذا أخذها الشفيع بالشفعة يقدم على المشتري، فصار ذلك البيع مضافـًا إلى الشفيع بعد أن كان مضافًا إلى المشتري، وانتقضت الإضافة إلى المشتري.

ونظيره في المحسوسات: من رمى سهمًا إلى رجل فتقدم عليه غيره وأصابه السهم

مَا إِذَا قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي فَأَخَذَهُ مِنْ يَدِهِ حَيْثُ تَكُونُ الْعُهْدَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبْضِ. وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ امْتَنَعَ قَبْضُ الْمُشْتَرِي وَأَنَّهُ يُوجِبُ الفَسْخَ، وَقَدْ طَوَّلْنَا الكَلَامَ فِيهِ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى بِتَوْفِيقِ اللهِ تَعَالَى.

فالرميُ في نفسه لم ينقطع، ولكن التوجيه إلى الأوَّل قد انقطع بتخلل هذا الثانِي فخرج الأول من أن يكون مقصودًا بالرمي.

فإن قلتَ: يشكل على هذا الأصل ما ذكره بعد هذا في الكتاب في آخر هذا الباب الذي نحن فيه، وفي الباب السَّادس من شفعة «الجامع الكبير» وهو مسألتان:

إحداهما: أن المشتري إذا اشترى دارًا قد رآها قبل الشراء فليس له فيها خيار الروية، ثم لو كان للدار شفيع وأخذها بالشفعة قبل أن يقبضها المشتري فله فيها خيار، فقد أثبت محمد رحمه الله خيار الرؤية للشفيع في هذه المسألة، ولو تحولت الصفقة الموجهة إلى المشتري إلى الشفيع لما ثبت للشفيع خيار الرؤية، ألا ترى أن الموكل بالشراء إذا تملك المشتري بطريق تحول صفقة الوكيل إليه لا يثبت خيار الرؤية للموكل إذا لم يثبت للوكيل بأن كان الوكيل قد رآه قبل الشراء.

والثانية: أن المشتري إذا اشترى دارًا على أن البائع برئ من كل عيب بها ولم يقبضها بعد، ثم أخذها الشفيع بالشفعة واطلع على عيب بها كان له أن يردَّها، ولو كان الأخذ بالشفعة بطريق تحول الصفقة الثابتة للمشتري إلى الشفيع لما ثبت للشفيع ولاية الرد بالعيب؛ لأنه لم يكن هو للمشتري.

قلتُ: ما ذكره في الكتاب بأن الصفقة تتحول من المشتري إلى الشفيع من غير تجديد العقد بين المشتري والشفيع هو اختيار بعض المشايخ، وأمَّا اختيار عامَّة المشايخ فينتقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد بينهما؛ استدلالًا بهاتين المسألتين.

وأمَّا جواب المشايخ الذين قالوا: تتحوَّل الصفقة من المشتري إلى الشفيع من غير عقدٍ جديدٍ بينهما عن هاتين المسألتين، هو أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب،

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا لِغَيْرِهِ فَهُوَ الخَصْمُ لِلشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ، وَالأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ مِنْ حُقُوقِ العَقْدِ فَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى المُوَكِّلِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ يَدٌ وَلا مِلْكٌ فَيَكُونُ الخَصْمُ هُوَ المُوَكِّلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ كَالبَائِعِ مِنَ المُوَكِّلِ عَلَى مَا عُرِفَ فَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ كَتَسْلِيمِ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي فَتَصِيرُ الخُصُومَةُ مَعَهُ، إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ

وإنَّما تغيّر في حق المشتري بعارض الشرط، وشرط البراءة وجد من المشتري دون الشفيع فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة للسلامة نظرًا إلى الأصل.

ولذلك لو كان المشتري رأى بالدَّار عيوبًا عند الشراء وقبله ولم ير الشفيع شيئًا من ذلك كان للشفيع أن يردها بالعيب؛ لما قلنا أن براءة البائع عن العيوب في حق المشتري إنَّما كان بعارض قبول المشتري، ولم يوجد ذلك العارض في حق الشفيع، والأصل هو السلامة عن العيب فيكون له ولاية الرد بالعيب، كذا ذكره في «الجامع الكبير» للإمام المعروف بصدر حميد رحمه الله.

وأمَّا مسألة الوكيل فإن الموكل لمَّا وكل الوكيل بالشراء فقد أقامه مقام نفسه ورضي بما فعله على نفسه، فكان سقوط خيار الرؤية من الموكل ضررًا مرضيًّا بتوكيله فلم يكن له الرد بخيار الرؤية لذلك، وأمَّا هاهنا بخلافه، فإن الشفيع لم يوكل المشتري بالشراء.

وذكر في «الجامع الكبير» لقاضي خان في ذلك الباب: الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ لأنه تملك ببدل فيكون الشفيع بمنزلة المشتري والمأخوذ منه بمنزلة البائع، وبقيت أحكام البيع إلا حكم الغرور.

قوله: فَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ - أي: تسليم الوكيل إلى الموكل - **كَتَسْلِيمِ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي فَتَصِيرُ الخُصُومَةُ مَعَهُ،** - أي: مع الموكل كما أن الخصومة تكون مع المشتري إذا سلم البائع الدار إليه - **إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ فَيَكْتَفِي بِحُضُورِهِ** - أي: بحضور الوكيل -

فَيَكْتَفِي بِحُضُورِهِ فِي الخُصُومَةِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَكِيلَ الغَائِبِ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْهُ إِذَا كَانَتْ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَاقِدٌ وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

فِي الخُصُومَةِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، هذا كله جواب لسؤال مقدر يرد على **قوله**: لِأَنَّ الوَكِيلَ كَالبَائِعِ مِنَ المُوَكِّلِ، وهو أن يقال: لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكِّل كان ينبغي أن يشترط حضور الوكيل والموكِّل جميعًا في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الوكيل، كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري، فإن الدار إذا كانت في يد البائع بعد شراء المشتري الدار منه لو خاصم الشفيع البائع في طلب الشفعة عند القاضي يشترط حضور المشتري مع حضور البائع في قضاء القاضي بالشفعة للشفيع؛ لما أن اليد للبائع والملك للمشتري على ما ذكرنا، وهاهنا لا يشترط حضور الموكل مع أن الموكل قائم مقام المشتري، بل يكتفى بحضور الوكيل الذي هو قائم مقام البائع.

فالجواب عنه هو أن الوكيل بالشراء هاهنا نائب عن الموكل فيكون حضوره كحضور الموكل، ولا كذلك ثَمَّة؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى لذلك بحضور البائع.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ - أي: يكون الخصم للشفيع هو الوصي، يعني: إذا كان الورثة صغارًا - فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، قيَّد به؛ لأنه لا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله، ولا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله على ما يجيء في موضعه إن شاء الله تعالى؛ لأن ولاية الوصي نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش فلا يجوز ذلك.

أو نقول: وهو الصحيح؛ لأنه هو المذكور في «المبسوط»، هو أن **قوله**: فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، احتراز عن وصي ببيع التركة مع أن الورثة كبار كلهم فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه قال في الباب الأول من شفعة «المبسوط»: البائع إذا كان وصيًّا لميت إلا أن الورثة إذا كانوا كبارًا كلهم، وليس على الميت دين ولم يوص بشيء يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصي؛ لأن الملك للورثة وهم متمكنون من النظر لأنفسهم، وإن كان فيهم صبي صغير جاز بيع الصبي في جميع

قَالَ: (وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ وَلَمْ يَكُنْ رَآهَا فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا وَإِنْ كَانَ المُشْتَرِي شَرَطَ البَرَاءَةَ مِنْهُ) لِأَنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ فَيَثْبُتُ فِيهِ الخِيَارَانِ كَمَا فِي الشِّرَاءِ، وَلَا يَسْقُطُ بِشَرْطِ البَرَاءَةِ مِنَ المُشْتَرِي وَلَا بِرُؤْيَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ.

الدار، وكذلك إذا كان عليه دين، أو أوصى بوصية من ثمن الدار.

وهو استحسان ذهبَ إليه أبو حنيفة رضي الله عنه، وفي القياس لا يجوز بيعه إلا في نصيب الصغير خاصة، أو بقدر الدين والوصية، ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي مَسَائِلِ الِاخْتِلَافِ)

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي)؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ عَلَيْهِ عِنْدَ نَقْدِ الأَقَلِّ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنْ كَانَ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ فَالمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا لِتَخَيُّرِهِ بَيْنَ التَّرْكِ وَالأَخْذِ وَلَا نَصَّ هَاهُنَا، فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

فصل في الاختلاف

لمَّا ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الأصل، شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه.

قوله: فَالمُشْتَرِي لا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا؛ لأنه لم يجب له على الشفيعِ شيءٌ حتَّى يحلف الشفيع.

قوله: لِتَخَيُّرِهِ، أي: لتخيّر الشفيع.

قوله: وَلا نَصَّ هَاهُنَا، إنَّما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك فوجبَ اليمين لذلك في الطرفين، ولم يوجد الإنكار هاهنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص، فلذلك لم يجب التحالف هنا وإن كان الشفيع والمشتري بمنزلة البائع والمشتري، ولكن لمعنى فارقٍ بينهما لم يكن ورود النص بالتحالف هناك بمنزلة الورود هنا.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَالبَيِّنَةُ لِلشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: البَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا) فَصَارَ كَبَيِّنَةِ البَائِعِ وَالوَكِيلِ وَالمُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لا تَنَافِي بَيْنَهُمَا فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المَوْجُودَ بَيْعَانِ، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَهَذَا بِخِلَافِ البَائِعِ مَعَ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لا يَتَوَالَى بَيْنَهُمَا عَقْدَانِ إِلَّا بِانْفِسَاخِ الأَوَّلِ وَهَاهُنَا الفَسْخُ لا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَهُوَ التَّخْرِيجُ لِبَيِّنَةِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ

قوله: فَصَارَ كَبَيِّنَةِ البَائِعِ - أي: مع المشتري، يعني: لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة، كانت بينة البائع أَوْلَى بالقبول؛ لما فيها من إثبات الزيادة - وَالوَكِيلِ - أي: وكبينة الوكيل مع بينة الموكل، فإن الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل؛ لأنَّها تثبت الزيادة - وَالمُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ، أي: وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم، فإن المشتري من العدو مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو؛ لما فيها من إثبات الزيادة.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ لا تَنَافِي بَيْنَهُمَا، أي: بين البينتين في حق الشفيع، ألا ترى أنه لو اشترى مرتين مرَّة بألف ومرة بألفين كانت لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ، فعرفنا أنه لا تنافي بينهما في حقه، والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما، فأمَّا مع إمكان العمل بالبينتين فلا معنى للمصير إلى الترجيح، فيجعل في حق الشفيع كأن الشرائين جميعًا ثابتان فله أن يأخذ بأيهما شاء، وهو نظير المولى مع العبد إذا اختلفا فقال المولى: قلتُ لك: إذا أديتَ إليَّ ألفين فأنت حر، وقال العبد: قلتَ لي: إذا أدَّيت إليَّ ألفًا فأنت حرٌّ، وأقاما البينة فإن بينة العبد تقبل بهذا الطريق وهو أنه لا منافاة بينهما، فيجعل كأن الكلامين صدرا من المولى، ويعتق العبد بأداء أي المالين شاء، بخلاف البائع مع المشتري إذا اختلفا؛ لأن هناك العمل بالبينتين غير ممكن، فالعقد الثاني في حقهما ناسخ للأول فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة.

كَالبَائِعِ وَالمُوَكِّلِ كَالمُشْتَرِي مِنْهُ، كَيْفَ وَأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَأَمَّا المُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ فَقُلْنَا ذُكِرَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّ البَيِّنَةَ بَيِّنَةُ المَالِكِ القَدِيمِ فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ (وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: لا يَصِحُّ الثَّانِي هُنَالِكَ إِلَّا بِفَسْخِ الأَوَّلِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ)، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ وَبَيِّنَةَ المُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ وَالبَيِّنَاتُ لِلْإِلْزَامِ.

قوله: كَيْفَ وَأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، فإن ابن سماعة رويَ عن محمد رحمهما الله أن البينة بينة الموكل؛ لأن الوكيل صدر منه إقراران، أي: بحسب ما توجبه البينتان، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء، فأمّا في ظاهر الرواية فقلنا: الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري، ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن، وقد بيّنا العذر فيه.

قوله: وَأَمَّا المُشْتَرِي مِنَ العَدُوِّ، يعني: أن المشتري من العدو والمولى القديم إذا اختلفا فقد نصَّ في «السير الكبير» أن البينة بينة المولى القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف رحمه الله؛ لما بينهما من الوحشة حين صنف «السير الكبير»، ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن في حق المولى القديم؛ لأن الشراء الثاني ناسخ للأول فصرنا إلى الترجيح بالزيادة لهذا.

وهذه طريقة لأبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة حكاها محمد، والطريقة الثانية حكاها أبو يوسف رحمهما الله وهو قوله في الكتاب: وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ وَبَيِّنَةَ المُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ وَالبَيِّنَاتُ لِلْإِلْزَامِ، بيان هذا أنه إذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار إليه بألف شاء أو أبى، فإذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك، وبه فارق بينة البائع مع المشتري؛ لأن كل واحدة من البينتين هناك ملزمة، وكذلك بينة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة، فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة، وفي مسألة المشتري من العدو يقول على هذه الطريقة: البينة بينة المولى القديم؛ لأنّها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة، هذا كله في الباب الأوّل من شفعة «المبسوط».

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى المُشْتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَى البَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَهُ البَائِعُ وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنِ المُشْتَرِي)؛ وَهَذَا لِأَنَّ الأَمْرَ إِنْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ البَائِعُ فَقَدْ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ المُشْتَرِي فَقَدْ حَطَّ البَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ، وَهَذَا الحَطُّ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَلِأَنَّ التَّمَلُّكَ عَلَى البَائِعِ بِإِيجَابِهِ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ مَا بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِقَوْلِهِ.

قوله: وَإِذَا ادَّعَى المُشْتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَى البَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ، إلى آخره، ولم يتعرض لبيان أن الدار في يد البائع أو في يد المشتري؛ لأن ذلك لا يختلف؛ لأنه ذكر في «الإيضاح»: فإن اختلف البائع معهما - أي: مع المشتري والشفيع - والدار في يد البائع أو المشتري ولم ينقد الثمن، فالقول في ذلك قول البائع، ويتحالفان، ويترادان.

قوله: وَإِنِ ادَّعَى البَائِعُ الأَكْثَرَ، أي: الأكثر ممَّا قاله المشتري والشفيع؛ لأنه وضع هذه المسألة في «المبسوط»، و«الذخيرة» في اختلاف هؤلاء الثلاثة بأن قال الشفيع: الثمن ألف، وقال المشتري: ألفان، وقال البائع: ثلاثة آلاف، فإن أقاموا البينة فالبينة بينة البائع؛ لأنَّها تثبت الزيادة.

وإن كان اختلافهم في الثمن قبل نقد الثمن فهو على وجهين:

الأول: أن تكون الدار في يد البائع، وفي هذا الوجه ينظر إن كان ما قاله البائع أقل ممَّا قالا فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بذلك من غير يمين على أحدٍ، وإن كان ما قاله البائع أكثر ممَّا قالا فالبائع مع المشتري يتحالفان، فبعد ذلك إن نكل البائع فالشفيع يأخذ بألفين، وإن نكل المشتري لزمه ثلاثة آلاف درهم والشفيع يأخذ بثلاثة آلاف درهم إن شاء، وليس له أن يأخذها بألفي درهم، وإن حلفا وطلبا الفسخ من القاضي، أو طلب أحدهما ذلك وفسخ القاضي العقد بينهما، فالشفيع يأخذها بما قاله البائع إن شاء، ففسخ العقد ممَّا لا يبطل حق الشفيع خصوصًا على قول العامَّة، فإن عندهم من ضرورة أخذ الشفيع الشفعة من المشتري

قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَى البَائِعُ الأَكْثَرَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الآخَرُ فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، وَإِنْ حَلَفَا يَفْسَخُ القَاضِي البَيْعَ عَلَى مَا عُرِفَ وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ البَائِعِ)؛ لِأَنَّ فَسْخَ البَيْعِ لا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الشَّفِيعِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ أَخَذَ بِمَا قَالَ المُشْتَرِي إِنْ شَاءَ وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِ البَائِعِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى الثَّمَنَ انْتَهَى حُكْمُ العَقْدِ، وَخَرَجَ هُوَ مِنَ البَيْنِ وَصَارَ هُوَ كَالأَجْنَبِيِّ وَبَقِيَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ المُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ كَانَ نَقْدُ الثَّمَنِ غَيْرَ ظَاهِرٍ فَقَالَ البَائِعُ بِعْتُ الدَّارَ بِأَلْفٍ وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالإِقْرَارِ بِالبَيْعِ تَعَلَّقَتِ الشُّفْعَةُ بِهِ، فَبِقَوْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ

ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري، وقد ذكرناه من رواية «الجامع الكبير» فكان الفسخ مقررًا لحق الشفيع لا رافعًا؛ ولأن حق الشفيع لمَّا ثبت بطلبه عند سماع البيع قد وقع لازمًا، ولا يرتفع حقه الثابت بفسخ المتبايعين بينهما بعد ذلك؛ لأن حق الشفيع منفصل عن حق المتبايعين.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالإِقْرَارِ بِالبَيْعِ تَعَلَّقَتِ الشُّفْعَةُ بِهِ - أي: بالإقرار بالبيع -، فَبِقَوْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ، أي: حق الشفيع الذي تعلق بالبيع بما قال البائع من مقدار الثمن؛ لأنه لو تحقق استيفاء الثمن كان البائع أجنبيًّا من هذا البيع؛ لأن هذا الكلام فيما إذا وقع تسليم الدار إلى المشتري على ما ذكره في «الذخيرة»، فلمَّا وقع تسليم الدار إلى المشتري واستيفاء الثمن للبائع كان البائعُ والأجنبي في حقِّ هذا العقد سواء، وكلام الأجنبيِّ لا يُسمع في حق مقدار الثمن فكذا قول هذا البائع، بيانُ هذا فيما ذكره في «الذخيرة» وقال:

إذا كانت الدار في يد المشتري فقال البائع: بعتُها إيَّاه بألف درهم واستوفيتُ الثمن، وقال المشتري: اشتريتُها بألفين أحدها بألفين، والفرق أن البائع إذا بدأ بالإقرار بالاستيفاء لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد ذلك؛ لأنه لم يبق بعد استيفاء الثمن وتسليم الدار

إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَهُوَ أَلْفٌ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ بِالأَوَّلِ وَهُوَ الإِقْرَارُ بِقَبْضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِنَ البَيِّنِ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ قَوْلِهِ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ.

إلى المشتري ذا حظٍّ من هذا العقد بل صار كالأجنبيِّ، ولو أن أجنبيًّا بين مقدار الثمن لا يصح بيانه، كذا هاهنا.

وإذا بدأ ببيان مقدار الثمن التي لا يصح منه الإقرار بالاستيفاء بعد ذلك؛ لأن قبل الإقرار بالاستيفاء ثبتَ للشفيع حق الأخذ بذلك المقدار، وبالإقرار بالاستيفاء يبطل ذلك الحق على الشفيع، أي: في حق المقدار كما في المسألة التي بدأ بالاستيفاء، ثم بين المقدار؛ لأن بالإقرار بالاستيفاء يتبين أن بيان مقدار الثمن منه لم يصح؛ لأنه لم يبق ذا حظٍّ من هذا العقد فلم يصح الإقرار بالاستيفاء، أي: في حق الشفيع في حق المقدار صيانةً لحق الشفيع، وإذا لم يصح الإقرار بالاستيفاء بقي بيان مقدار الثمن صحيحًا؛ لأنه بين مقدار الثمن وهو ذو حظ في هذا العقد؛ لأن له الاستيفاء بحكم هذا العقد.

وذكر في «المبسوط»: فهو نظير ما لو قال الوصيُّ: استوفيتُ جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم، وقال الغريم: بل كان عليَّ ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك، فالوصي ضامن للألفين ولا شيء له على الغريم، ولو قال: استوفيتُ من الغريم ألف درهم وهو جميع ما للميت عليه فقال فلان: كان عليَّ ألفا درهم وقد أوفيتك الكل، فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى.

والفرق ما بيَّنا، وهو أن البائع إذا بدأ بإقرار قبض جميع الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه، وصار هو كالأجنبي فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن، فيكون القول قول المشتري.

وأمَّا إذا بدأ ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر أن الثمن ذلك القدرُ يخبره؛ لأن الشرع جعل القول قوله ما لم يصل إليه الثمن، وثبتَ للشفيع حق الأخذ بذلك الثمن

....

فلا يبطل ذلك عليه بإقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك.

وذكر في «الإيضاح»: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن المبيع إذا كان في يدي البائع فأقرَّ بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِيمَا يُؤْخَذُ بِهِ المَشْفُوعُ)

قَالَ: (وَإِذَا حَطَّ البَائِعُ عَنِ المُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ يَسْقُطُ ذَلِكَ عَنِ الشَّفِيعِ، وَإِنْ حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ لَمْ يَسْقُطْ عَنِ الشَّفِيعِ) لِأَنَّ حَطَّ البَعْضِ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَا بَقِيَ، وَكَذَا إِذَا حَطَّ بَعْدَمَا أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ يَحُطُّ عَنِ الشَّفِيعِ حَتَّى يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ القَدْرِ، بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ بِحَالٍ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ. (وَإِنْ زَادَ المُشْتَرِي لِلْبَائِعِ لَمْ تَلْزَمِ الزِّيَادَةُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الزِّيَادَةِ ضَرَرًا بِالشَّفِيعِ لِاسْتِحْقَاقِهِ الأَخْذَ بِمَا دُونَهَا.

فصل فيما يُؤخذ به المشفوع

لمَّا فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل؛ لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به وهو البيع؛ لأن الذي يؤخذ به المشفوع هو الثمن الذي يؤديه الشفيع والثمن تبع.

قوله: لِأَنَّ الثَّمَنَ مَا بَقِيَ، أي: الذي بقي.

قوله: بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ؛ وذلك لأن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد، فإمَّا أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة، أو يصير بيعًا بغير ثمن فيكون فاسدًا ولا شفعة في البيع الفاسد، فعرفنا أنه لا يمكن إلحاق حط الجميع بأصل العقد في حق الشفيع، بخلاف حط البعض.

قوله: وَإِنْ زَادَ المُشْتَرِي لِلْبَائِعِ لَمْ تَلْزَمِ - الشفيع - الزِّيَادَةُ؛ لأن الشفيع قد استحق

بِخِلَافِ الحَطِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً لَهُ، وَنَظِيرُ الزِّيَادَةِ إِذَا جَدَّدَ العَقْدَ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ لَمْ يَلْزَمِ الشَّفِيعَ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا بِعَرَضٍ، أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ)؛

أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة، والمشتري لا يملك إبطال الحق الثابت له فلا يملك بغيره أيضًا، يوضحه: أن هذه الزيادة يلزم نفسه شيئًا للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك، وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه، ولا يعمل في حق الشفيع، ألا ترى أنه لو جدد بيعًا مع البائع بأكثر من الثمن الأوّل صحَّ ذلك في حقه، فكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الأول.

فإن قلتَ: ما وجه الفرق بين هذا وبين البيع مرابحة، فإن هناك استوى الحط والزيادة في حق الالتحاق بأصل العقد، وفي حق الشفيع افترقا حيث يلتحق الحط بأصل العقد دون الزيادة.

قلتُ: الفرق فيه هو أن بيع المرابحة غير مستحق على المشتري، فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المرابحة إبطال حق مستحق عليه، بخلاف الشفعة، فإنا لو ألحقنا الزيادة بأصل العقد في حق الشفيع يلزم إبطال حق ثبتَ للشفيع بأقل من ذلك الثمن، هذا كله من «المبسوط».

وثمرة التحاق الحط والزيادة بأصل العقد يظهر في مسألة أخرى أيضًا، أمَّا في الحط فإن الشفيع إذا سلم الشفعة ثم حظر البائع من الثمن شيئًا فله الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فكان كما أجير بالبيع بألف فسلم فإذا البيع بخمسمائة، وأمَّا في الزيادة فإن الشفيع إذا سلم الشفعة ثم زاد البائع بعد ذلك في المبيع عبدًا أو أمةً كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها، أي: بحصة الدار من الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد فتبيَّن أن حصة الدار من الثمن أقل مما عليه الشفيع، كذا ذكر في الفصل العاشر من شفعة «الذخيرة».

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا بِعَرَضٍ، أراد بالعرض المتاع الذي هو من ذوات القيم كالعبد، لا من ذوات الأمثال كالحنطة والشعير، فإن فيها يأخذ الشفيع بمثلها لا بقيمتها.

قوله: أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ، أي: أخذ الشفيع الدار بقيمة العرض التي كانت هي وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة، هكذا ذكر في الفصل الخامس من شفعة «الذخيرة».

لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ (وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ)؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ. وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ لِلشَّفِيعِ وِلَايَةَ التَّمَلُّكِ عَلَى المُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَهُ فَيُرَاعَى بِالقَدْرِ المُمْكِنِ كَمَا فِي الإِتْلَافِ وَالعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ.

(وَإِنْ بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقِيمَةِ الآخَرِ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ وَهُوَ ذَوَاتُ القِيَمِ فَيَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ.

قوله: لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ، فإن قلتَ: القيمة في ذوات القيم إنما تعرف بالحرز والظن وذلك يمنع من استحقاق الشفعة، ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ من الدار بيتًا بعينه، وهذا التسليم باطل، فكان له أن يأخذ جميع الدار، وإنما بطل تسليمه حتى لم يستحق شفعة البيت المعين منفردًا لكون قيمة البيت مما يعرف بالحرز والظن، حتى أنه لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ ثلثاً منها أو نصفاً منها فالتسليم جائز والأخذ جائز، فكان له أن يأخذ الثلث أو النصف؛ لأنه أخذ شيئاً معلومًا بشيءٍ معلوم؛ لأن ثمن نصف الدار أو ثلثها معلوم بيقين، ثم قيمة العبد في مسألتنا مما يعرف بالحرز والظن فيجب أن لا يستحق لها الشفعة.

قلتُ: قضية القياس أن لا تؤخذ الدار بقيمة العبد إلا أنا تركنا القياس لضرورة؛ لأن بيعُ الدار بالعبد قد صحَّ وإذا صح البيع وجبت الشفعة، ولا يمكن الأخذ إلا بقيمة العبد أوْجَبنا الأخذ بالقيمة لهذه الضرورة، ومثل هذه الضرورة لا تتأتى في مسألة البيت؛ لأن أخذ البيت بثمن معلوم ممكن للشفيع، فجواز سقوط اعتبار الجهالة لضرورة لا تدل على جواز سقوط الجهالة لغير ضرورة، كذا ذكر في الفصل العاشر من شفعة «الذخيرة».

ثم هذا الذي ذكره بأن أخذ الشفيع الدار بقيمة العرض عندنا، وقال أهل المدينة: يأخذها بقيمة الدار، كذا ذكره في «المبسوط»، وذكر العبد مكان العرض فقال: وإذا اشترى

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِيَ الأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذُهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا فِي الحَالِ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ) وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي القَدِيمِ؛

دارًا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد عندنا، وقال أهل المدينة: يأخذها بقيمة الدار؛ لأن المبيع مضمون بنفسه، أو بما يقابله من المسمى، ألا ترى أن في البيع الفاسد لمَّا تعذر وجوب المسمَّى كان مضمونًا بنفسه، وقد تعذر هاهنا إيجاب المسمى في حق الشفيع؛ لأنه لا مثل له في جنسه فوجب المصير إلى الضمان الأصلي وهو قيمة نفسه؛ ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب، وإنَّما يندفع الضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه، وملكه عند الأخذ رقبة الدار.

وحجتنا في ذلك أن الشفيع يتملك بمثل ما يملك به المشتري، والمثل إمَّا أن يكون من حيث الصورة، أو في معنى المالية، فإذا كان الثمن ممَّا له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورةً، وإن كان ممَّا لا مثل له من جنسه يأخذه بمثله في صفة الماليَّة وهو القيمة، كالغاصب عند تعذر رد العين يرد المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له، فإن مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء لفوات القبض المستحق بالعقد، فإن العبد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم.

وللشفيع أن يأخذ بقيمة العبد عندنا، وقال زفر رحمه الله: ليس له أن يأخذها بالشفعة؛ لأن العقد قد انتقض من الأصل بهلاك العبد قبل التسليم، وحجتنا في ذلك أن بدل الدار في حق الشفيع قيمة العبد، وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله، وليس في هلاك العبد إلا انفساخ العقد بين البائع والمشتري، وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع على ما بيَّنا، بخلاف استحقاق العبد فإنه يتبين به أن أصل البيع لم يكن صحيحًا، وأن حقه لم يثبت.

قوله: وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ، إلى آخره، وقال في «الذخيرة»: هذا إذا كان الأخذ معلومًا، فأمَّا إذا كان مجهولًا نحو الحصاد، والدياس، وأشباه ذلك فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن وآخذها، لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد.

لِأَنَّ كَوْنَهُ مُؤَجَّلًا وَصْفٌ فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بِهِ فَيَأْخُذُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الزُّيُوفِ.

وَلَنَا أَنَّ الأَجَلَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَلَا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالبَائِعِ أَوِ المُبْتَاعِ، وَلَيْسَ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ المُشْتَرِي رِضًا بِهِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي المَلَاءَةِ، وَلَيْسَ الأَجَلُ وَصْفَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ المُشْتَرِي؛ وَلَوْ كَانَ وَصْفًا لَهُ لَتَبِعَهُ فَيَكُونُ حَقًّا لِلْبَائِعِ كَالثَّمَنِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ثُمَّ وَلَّاهُ غَيْرَهُ لَا يَثْبُتُ الأَجَلُ إِلَّا بِالذِّكْرِ كَذَا هَذَا، ثُمَّ إِنْ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ مِنَ البَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَنِ المُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ المُشْتَرِي رَجَعَ البَائِعُ عَلَى المُشْتَرِي بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ

قوله: لِأَنَّ كَوْنَهُ مُؤَجَّلًا وَصْفٌ فِي الثَّمَنِ، يقال: دين مؤجل، ودين حال.

قوله: وَالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بِهِ، أي: بالثمن.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الأَجَلَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَلَا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالبَائِعِ، وليس هذا مقتضى العقد حتى يتحول الصَّفقة بل هذا مقتضى الشرط، فيثبت في حق من يثبت في حقه الشرط.

وذكر في «المبسوط»: الأجل مدَّة ملحقة بالعقد شرطاً فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار؛ وهذا لأن تأثير الأجل في تأخير المطالبة، وبه يتبين أنه ليس بصفة للمال؛ لأن الثمن للبائع والأجل حق المشتري على البائع فكيف يكون صفة للثمن.

المَلَاءَة: صحته بفتح الميم، فإنَّها مصدر ملُو الرجل بالضم مَلاءَة، والملي: الغني المقتدر.

قوله: ثُمَّ وَلَّاهُ غَيْرَهُ، أي: باعه بالتولية.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، أراد به قوله: لِامْتِنَاعِ قَبْضِ المُشْتَرِي بِالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ الفَسْخَ، إلى آخره، ذكره في أواخر باب طلب الشفعة.

كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا لَمْ يَبْطُلْ بِأَخْذِ الشَّفِيعِ فَبَقِيَ مُوجِبُهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَقَدِ اشْتَرَاهُ مُؤَجَّلًا، وَإِنِ اخْتَارَ الِانْتِظَارَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَلْتَزِمَ زِيَادَةَ الضَّرَرِ مِنْ حَيْثُ النَّقْدِيَّةُ.

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِيَ الأَجَلُ مُرَادُهُ الصَّبْرُ عَنِ الأَخْذِ، أَمَّا الطَّلَبُ عَلَيْهِ فِي الحَالِ حَتَّى لَوْ سَكَتَ عَنْهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الآخَرِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالبَيْعِ، وَالأَخْذُ يَتَرَاخَى عَنِ الطَّلَبِ، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الأَخْذِ فِي الحَالِ بِأَنْ يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ حَالًا فَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ العِلْمِ بِالبَيْعِ.

قَالَ: (وَإِنِ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ دَارًا وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الخَمْرِ وَقِيمَةِ الخِنْزِيرِ)؛ لِأَنَّ هَذَا البَيْعَ مَقْضِيٌّ بِالصِّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ يَعُمُّ

قوله: خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الآخَرِ، وذكر ابن أبي مالك: كان أبو يوسف رحمه الله يقول أولًا كقولهما في أن الشفيع إذا لم يطلب في الحال لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الأجل، ثم رجع وقال: له أن يأخذها عند حلول الأجل، وإن لم يطلب في الحال فوجهه أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه؛ لأنه إنَّما يريد الأخذ بعد حلول الأجل، أو بثمن مؤجَّل في الحال، ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال؛ فسكوته لأنه لم يرَ فيه فائدة، لا لإعراضه عن الأخذ.

ووجه ظاهر الرواية أن حقه يثبت في الشفعة بدليل أنه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه تبطل شفعته، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنِ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ دَارًا وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الخَمْرِ وَقِيمَةِ الخِنْزِيرِ، أطلق الشراء ولم يتعرض أن المشترى دارٌ، أو بيعةٌ، أو كنيسةٌ؛ لأن الشفعة

الْمُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ، وَالخَمْرُ لَهُمْ كَالخَلِّ لَنَا وَالخِنْزِيرُ كَالشَّاةِ، فَيَأْخُذُ فِي الأَوَّلِ بِالمِثْلِ وَالثَّانِي بِالقِيمَةِ.

تجري في الجميع.

وذكر في «المغني»: اشترى الذمي من الذمي كنيسة أو بيعةً فللشفيع الشفعة، ثم قال: وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول عن المالك بجعله بيعةً أو كنيسةً، كما تزول الملك في ديننا إذا اتخذنا مسجدًا، إنَّما يُشكل فيما إذا كان من ديانتهم أن الملك يزول عن المالك بهذا الصيغ؛ لأنه باع ما لا يملك فلا يجوز بيعه في ديانتهم، ونحن أمرنا ببناء الأحكام على اعتقادهم إلا ما استثنى عليهم في عهودهم.

والوجه في ذلك أنه لمَّا أقدم على البيع فقد دان بديننا أن الملك لا يزول عن المالك بما يُعِدّه للمعصية، والذمي إذا دان بديننا يلزمه ذلك كما في نكاح المحارم إذا طلبا الفرقة من القاضي.

وأمَّا إطلاق لفظ الذمي في الكتاب في **قوله: وَإِنِ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ**، وفي **قوله: وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ**، للاحتراز عن المرتد لا للاحتراز عن الحربي المستأمن، فإن المرتد لا شفعة له سواءٌ قتل في ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب، ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث.

هذا إذا كان المرتد شفيعًا، وأمَّا إذا كان المرتد بائعًا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يكن فيه الشفعة في قول أبي حنيفة رحمه الله، بخلاف ما إذا اشترى المرتد دارًا؛ لأن توقف العقد عنده لحق المرتد، فإذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة، وإذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للمشتري فتجب الشفعة به للشفيع سواء نقض البيع أو لم يكن، فإن أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة؛ لأن البيع تمَّ وخياره سقط بإسلامه، هذا التفصيل كله في المرتد.

وأمَّا الحربي المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في دار الإسلام سواءٌ بمنزلة الذمي؛ لأنه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدَّة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك، فإن اشترى المستأمن دارًا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه؛

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ) أَمَّا الخِنْزِيرُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الخَمْرُ لِامْتِنَاعِ التَّسَلُّمِ وَالتَّسْلِيمِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ فَالتَحَقَ بِغَيْرِ المِثْلِيِّ، وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا وَذِمِّيًّا أَخَذَ المُسْلِمُ نِصْفَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الخَمْرِ

لأن إلحاقه بدار الحرب كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع.

وإن اشترى المسلم في دار الحرب دارًا وشفيعها مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع؛ لأن حق الشفعة من أحكام الإسلام وحكم الإسلام لا يجري في دار الحرب، وأمَّا تعيين الخمر والخنزير في الثمن فللاحتراز عما إذا اشترى الكافر من الكافر دارًا بميتة أو دم فلا شفعة فيها؛ لأنَّها ليست بمال في حقهم فالشراء يكون باطلًا والعقد الباطل لا تجب الشفعة، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المغني» بعد ذكر مسائل المستأمن: والمسلم الذي اشترى في دار الحرب دارًا يجب أن يعلم أن كل حكم لا يفتقر إلى قضاء القاضي، فدار الإسلام ودار الحرب في حق ذلك الحكم على السواء، وكل حكم يفتقر إلى قضاء القاضي لا يثبت ذلك الحكم في حق من كان من المسلمين في دار الحرب بمباشرة سبب ذلك الحكم في دار الحرب.

نظير الأوَّل جواز البيع والشراء، وصحَّة الاستيلاد، ونفاذ العتق، ووجوب الصوم والصلاة، فإن هذه الأحكام من أحكام الإسلام وتجري على من كان في دار الحرب من المسلمين؛ لأن أحكام هذه الحقوق لا تفتقرُ إلى القضاء.

ونظير الثاني الزنا، فإن المسلم إذا زنى في دار الحرب ثم صارت هي دار الإسلام، أو خرج هو إلى دار الإسلام لا يقام عليه الحد؛ لأن الزنا حال وجوده لم يوجب الحد؛ لأن ما هو المقصود من الحد الإقامة والإقامة إلى الإمام، وليس للإمام ولاية الإقامة في دار الحرب فلم يجب الحد لما كانت ولاية الإقامة فائتة.

قوله: أَمَّا الخِنْزِيرُ فَظَاهِرٌ؛ لأنه من ذوات القيم، فوجوب القيمة في ذوات القيم كان أمرًا ظاهرًا.

وَالذِّمِّيُّ نِصْفَهَا بِنِصْفِ مِثْلِ الخَمْرِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالكُلِّ، فَلَوْ أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أَخَذَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الخَمْرِ لِعَجْزِهِ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ، وَبِالإِسْلَامِ يَتَأَكَّدُ حَقُّهُ

فإن قلتَ: ليس أمره بظاهر، بل أمر وجوب القيمة فيه أشدّ إشكالًا من وجوب القيمة في الخمر؛ وذلك لأنه ذكر في الكتاب في باب من يمر على العاشر من كتاب الزكاة في مسألة: فإن مرَّ ذميّ بخمر أو خنزير على العاشر وقال: إن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين فلذلك لا يأخذ العاشر من قيمة الخنزير، ثم أوجب هاهنا على الشفيع المسلم قيمة الخنزير، وقد علم من ذلك التعليل أن لقيمة ذوات القيم حكم الأعيان فحينئذٍ كان إيجاب قيمة الخنزير على المسلم بمنزلة إيجاب الخنزير، فإيجاب الخنزير على المسلم غير جائز لوجهين:

أحدهما: للزوم إيجاب الحيوان غير المعين في الذمَّة بمقابلة المال.

والثانِي: للزوم إيجاب الخنزير على المسلم.

قلتُ: قد ذكرتُ جواز هذا هناك فلا أعيده، وجواب آخر هنا هو أن قيمة الخنزير وإن كانت بمنزلة الخنزير معنًى ولكن في كينونتها بمنزلة الخنزير شبهة، فلمَّا كان متضمنًا إبطال حق العبد لم يعمل بِهذه الشبهة، بل يعمل بها فيما إذا لم يكن متضمنًا إبطال حق الغير، فلم نعمل هاهنا بالشبهة لكون العمل بِها متضمنًا إبطال حق الغير، بخلاف ما إذا مرَّ على العاشر.

ثم اعلم أن طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير هو الرجوع فيها إلى من أسلم من أهل الذمة، أو من تاب من فسقه المسلمين، فإن وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري، بمنزلة ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن، ذكر هذه المسألة وهي طريق معرفة القيمة في أواخر باب ما لا تجب فيه الشفعة من شفعة «المبسوط»، ثم لم يذكر في الكتاب مسألة ما إذا أسلم أحد المتعاقدين في حق الشفعة فقال في «المبسوط»:

وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة والدار مقبوضه أو غير مقبوضة، انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد، والإسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر، ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة؛ لأن وجوب الشفعة بأصل

لا أَنْ يَبْطُلَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهَا بِكُرٍّ مِنْ رُطَبٍ فَحَضَرَ الشَّفِيعُ بَعْدَ انْقِطَاعِهِ يَأْخُذُ بِقِيمَةِ الرُّطَبِ كَذَا هَذَا.

البيع وقد كان صحيحًا وبقاؤه ليس بشرطٍ لبقاء الشفعة، كما إذا اشترى دارًا بعبدٍ فمات العبد قبل التسليم انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع، فيأخذها الشفيع بقيمة الخمر إن كان هو مسلمًا، أو كان المأخوذ منه مسلمًا لتعذر تمليك الخمر بينهما، وإن كانا كافرين أخذها بمثل تلك الخمر؛ لأن من أسلم من المتعاقدين قد تعذر التسليم والقبض في الخمر بينه وبين الآخر بسبب إسلامه وذلك غير موجود بين الشفيع، والمأخوذ منه إذا كانا كافرين وإن كان إسلام أحد المتعاقدين بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبقى صحيحًا؛ لأن حكم العقد في الخمر مُنْتَهٍ بالقبض، والإسلام لا يمنع قبض الدار، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

قَالَ: (وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ المُشْتَرِيَ قَلْعَهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُكَلَّفُ القَلْعَ وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ

فصلٌ

والمسائل في هذا الفصل كلها مبنية على تغير المشفوع إمَّا بالزيادة، أو بالنقصان بنفسه، أو بفعل الغير، فكان المتغيّر فرعًا على غير المتغير، فلذلك ذكرها بعد المسائل المبنية على عدم التغير؛ لأن الفرع مبني على الأصل.

يجب أن يعلم أن تصرف المشتري في الدار المشفوعة بأيّ وجه كان من بيع، أو هبة، أو هدم بناء، أو غير ذلك صحيح؛ لأن للمشترى حقيقة الملك، وللشفيع حق أن يتملك، على ما يجيء تمام هذا في المسائل المتفرقة من كتاب الشفعة.

قوله: إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ، - أي: مقلوعين - **وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ المُشْتَرِيَ قَلْعَهُ،** - إلا إذا كان في القلع نقصان وأراد الشفيع أن يأخذها مع البناء والغرس بقيمتها مقلوعة غير ثابتة فله ذلك - **وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُكَلَّفُ القَلْعَ وَيُخَيَّرُ** - أي: الشفيع - **بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ** - أي: قائمين على الأرض غير مقلوعين - **وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ،** كذا في «شرح الطحاوي».

وَالغَرْسِ وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، إلَا أَنَّ عِنْدَهُ لَهُ أَنْ يُقْلِعَ وَيُعْطِي قِيمَةَ البِنَاءِ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي البِنَاءِ لِأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَى أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ، وَالتَّكْلِيفُ بِالقَلْعِ مِنْ أَحْكَامِ العُدْوَانِ وَصَارَ كَالمَوْهُوبِ لَهُ وَالمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، وَكَمَا إذَا زَرَعَ المُشْتَرِي فَإِنَّهُ لا يُكَلَّفُ القَلْعَ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي إيجَابِ الأَخْذِ بِالقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِتَحَمُّلِ الأَدْنَى فَيُصَارَ إلَيْهِ.

قوله: وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، - أي: وبالتخيير الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله - إلَا أَنَّ عِنْدَهُ - أي: عند الشافعي رحمه الله، يعني: أن الشافعي في حق هذا التخيير الذي ذكره أبو يوسف رحمهما الله معه، ولكن للشافعي قول آخر وهو - لَهُ أَنْ يُقْلِعَ - الشفيعُ البناءَ - وَيُعْطِي قِيمَةَ البِنَاءِ، بعد القلع.

قوله: وَصَارَ كَالمَوْهُوبِ لَهُ، يعني: أن الموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه ويرجع في الأرض؛ لأنه بناه في ملكه وكذلك المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا.

قوله: وَكَمَا إذَا زَرَعَ المُشْتَرِي، يعني: أن المشتري إذا زرع الأرض المشتراة ثم حضر الشفيع وطالبه بالشفعة، لم يكن للشفيع أن يقلع الزرع بالاتفاق فيجب أن يكون في البناء كذلك؛ لأن الضرر الواقع على المشتري بقلع الزرع والبناء واحدٌ.

قوله: وَهَذَا - أي: وهذا المدعى الذي قلناه وهو أن لا يكلف المشتري بقلع البناء - لِأَنَّ فِي إيجَابِ الأَخْذِ بِالقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِتَحَمُّلِ الأَدْنَى، بيان هذا هو أن هاهنا اجتمع ضرران:

أحدهما: على الشفيع، وهو ضرر زيادة الثمن على الشفيع في قولنا أخذها الشفيع بالثمن وقيمة البناء.

والثاني: على المشتري، وهو ضرر قلع بناء المشتري من غير شيء بعوض بمقابلة

وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ بَنَى فِي مَحِلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ لِلْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ فَيُنْقَضُ كَالرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي المَرْهُونِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ المُشْتَرِي لِأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ وَهَذَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهِبَتَهُ وَغَيْرَهُ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ وَالشِّرَاءِ الفَاسِدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ

بنائه وهو فيما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله.

ثم الضرر الذي يلزم الشفيع أهون من ضرر المشتري؛ لأنه لو لزم على الشفيع زيادة على الثمن الذي اشترى به المشتري لكن يدخل في ملك الشفيع عوض بمقابلة تلك الزيادة وهو البناء والغرس، وأمَّا على قولكم يبطل ملك المشتري بالقلع من غير شيء يقابله، فكان ضرر الشفيع أهون من ضرر المشتري فكان القول به أَوْلَى بهذا الطريق، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: تَعَلَّقَ بِهِ، أي: بالمحل، فقوله: تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ لِلْغَيْرِ، وقوله: مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، كل واحد منهما احتراز عن بناء الموهوب له، وبناء المشتري بالشراء الفاسد، فإن حق الواهب والبائع بالبيع الفاسد ليس في صفة التأكد مثل حق الشفيع، ألا ترى أن تصرف المشتري هاهنا بالبيع والهبة ينقض لحق الشفيع، ولا ينقض تصرف الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد بالبيع والهبة لحق الواهب والبائع، فكذلك هاهنا يجب أن ينقض تصرف المشتري في الأرض المشفوعة بالبناء.

وكذلك الواهب والبائع بالبيع الفاسد لا ينقضان بناء الموهوب له، والمشتري بالشراء الفاسد؛ لأن ذلك البناء حصل بتسليط الواهب والبائع بالبيع الفاسد، وأمَّا هاهنا فبناء المشتري لم يكن بتسليط الشفيع فينقض.

قوله: بِخِلَافِ الهِبَةِ، أي: لا يبقى حق الرجوع للواهب بعد بناء الموهوب له بالاتفاق.

قوله: وَ - بخلاف - الشِّرَاءِ الفَاسِدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وإنَّما قيد بقوله؛ لأن عدم جواز استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري فيما اشترى بناء منحصر على قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يسترد البائع هناك بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية،

مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وَلِأَنَّ حَقَّ الِاسْتِرْدَادِ فِيهِمَا ضَعِيفٌ وَلِهَذَا لا يَبْقَى بَعْدَ البِنَاءِ، وَهَذَا الحَقُّ يَبْقَى فَلَا مَعْنَى لِإِيجَابِ القِيمَةِ كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَالزَّرْعُ يُقْلَعُ قِيَاسًا. وَإِنَّمَا لا يُقْلَعُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً وَيَبْقَى بِالأَجْرِ وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ، وَإِنْ أَخَذَ بِالقِيمَةِ يَعْتَبِرُ قِيمَتَهُ مَقْلُوعًا كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الغَصْبِ.

ومسألة استرداد البائع بعد البناء في الشراء الفاسد من المسائل التي خطأ فيها أبو يوسفُ محمدًا رحمهما الله في حفظ الرواية، وقد مرَّ في البيع الفاسد.

قوله: وَلِأَنَّ حَقَّ الِاسْتِرْدَادِ فِيهِمَا، أي: في الهبة والبيع الفاسد.

قوله: وَهَذَا الحَقُّ، أي: حق الشفعة.

قوله: فَلَا مَعْنَى لِإِيجَابِ القِيمَةِ كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وهذا جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله بأن الشفيع لو أخذ الأرض المشفوعة التي بنا فيها المشتري بناء إنَّما يأخذها بالثمن وقيمة البناء لا غير، أي: لا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع فلا يجب كما لا تجب القيمة على المستحق فإن الشفيع بمنزلة المستحق، والمشتري لو بنى أو غرس ثم استحق يرجع بالثمن وقيمة البناء والغرس على البائع لا على المستحق، فكذلك هاهنا لا يرجع على الشفيع بقيمة البناء والغرس.

وأمَّا الجواب عن قوله: لِأَنَّ فِي إِيجَابِ الأَخْذِ بِالقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ، إلى آخره، فما ذكره في «المبسوط» بقوله: إن حق الواهب والبائع في البيع الفاسد ضعيف؛ لأنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والمشتري، بخلاف حق الشفيع فإنه يبقى، والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين بالأهون إنَّما يكون بعد المساواة في أصل اللاحق ولا مساواة، فحق الشفيع مقدم على حق المشتري، ثم البناء الذي يدخل في ملكه ربما لا يكون موافقًا له، فيحتاج إلى مؤنة لدفع ذلك البناء ثم يبني على الوجه الذي يوافقه.

فإن قلتَ: ما الفرق بين بناء المشتري في الأرض المشفوعة، وبين ما إذا اشترى دارًا

(وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ رَجَعَ بِالثَّمَنِ)؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ، لا عَلَى البَائِعِ إنْ أَخَذَهَا مِنْهُ، وَلا عَلَى المُشْتَرِي إنْ أَخَذَهَا مِنْهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَلَيْهِ فَنَزَلا مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي، وَالفَرْقُ عَلَى مَا هُوَ المَشْهُورُ أَنَّ المُشْتَرِيَ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ وَمُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَلا غُرُورَ وَلا تَسْلِيطَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِنَ المُشْتَرِي لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ أَوِ احْتَرَقَ بِنَاؤُهَا أَوْ جَفَّ شَجَرُ البُسْتَانِ بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ

وصبغها بأشياء كثيرة، ثم جاء الشفيع فهو بالخيار إن شاء أخذها بالشفعة وأعطاه ما زاد فيها، وإن شاء ترك وهذا بالاتفاق، ذكرها في «العيون».

قلتُ: قيل هو أيضًا على الاختلاف كما في البناء، ولو كان على الاتفاق ففرق محمد رحمه الله بين البناء والصبغ فقال: البناء إذا نقض لا يلحق المشتري كثير ضرر؛ لأنه يسلم له النقض ولا كذلك إذا نقض الصبغ، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَالفَرْقُ عَلَى مَا هُوَ المَشْهُورُ، أي: الفرق في أن المشتري عند ظهور الاستحقاق يرجع على بائعه بقيمة البناء، والشفيع لا يرجع على المشتري عند ذلك بقيمة البناء، هو أن المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور؛ وذلك لأن البائع التزم للمشتري السَّلامة، ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري؛ لأنه يملك على صاحب اليد جبرًا من غير اختيارٍ فلا يرجع.

ونظير هذا الجارية المأسورة إذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها، ثم استحقت من يده رجع على الذي اشترى من أهل الحرب بالثمن الذي دفعه إليه ولم يرجع بقيمة الولد؛ لأنه لم يغره، بخلاف ما إذا اشترى جارية فاستولدها ثم استحقت فالمشتري يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع المغرور، كذا في «المبسوط» في آخر كتاب الشفعة و«الإيضاح».

فَالشَّفِيعُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ)؛ لِأَنَّ البِنَاءَ وَالغَرْسَ تَابِعٌ حَتَّى دَخَلَا فِي البَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ فَلَا يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَا لَمْ يَصِرْ مَقْصُودًا وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُهَا مُرَابَحَةً بِكُلِّ الثَّمَنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، بِخِلَافِ مَا إذَا غَرِقَ نِصْفُ الأَرْضِ حَيْثُ يَأْخُذُ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ؛ لِأَنَّ الفَائِتَ بَعْضُ الأَصْلِ.

قوله: لِأَنَّ البِنَاءَ وَالغَرْسَ تَابِعٌ ... فَلَا يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وأصل المسألة في البيوع، فإن المذهب عندنا أن الثمن بمقابلة الأصل دون الأوصاف، حتى أن فوات الوصف في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئًا من الثمن، وعند الشافعي رحمه الله يسقط في أحد القولين، وكذلك فوات الوصف في يد المشتري من غير صنع أحدٍ لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع الثمن عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يمنعه من ذلك.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا غَرِقَ نِصْفُ الأَرْضِ حَيْثُ يَأْخُذُ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ، فالتقييد بالنصف لا لإخراج غيره من هذا الحكم، بل اتبع فيه لوضع «المبسوط»، ثم ذكر في «المبسوط» بأن الحكم في الثلث وغيره كذلك، وقال فيه: وإذا اشترى دارًا ففرق نصفها فصار مثل الفرات يجري فيها الماء لا يستطاع رد ذلك عنها، فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن إن شاء؛ لأن حقه ثابت في الكل وقد تمكَّن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارًا للنقض بالكل.

والشافعي رحمه الله في كتابه يدعي المناقضة علينا بهذا الفصل ويقول: إنَّهم زعموا إذا احترق البناء لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع، فإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن فكأنَّهم اعتبروا فعل الماء دون النار.

وإنَّما قال ذلك لقلة الفقه والتأمُّل، فإن البناء وصف وتبع وليس بمقابلة الوصف شيء من الثمن إذا فات من غير صنع أحدٍ، فأمَّا بعض الأرض فليس بتبع للأرض فلا بدَّ من إسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع، أو يتأخر ذلك إلى أن يتمكن من أخذه والانتفاع به، ولهذا قلنا في حق احتراق البناء من غير صنع أحدٍ لا يسقط شيء من الثمن أيضًا؛ لما قلنا أن البناء وصف وتبع، بخلاف الأرض فإنَّها أصل.

قَالَ: (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَمَلُّكِ الدَّارِ بِمَالِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنْ شِئْتَ فَخُذِ الْعَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْهَلَاكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ (وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النَّقْضَ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَفْصُولًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا.

قَالَ: (وَمَنِ ابْتَاعَ أَرْضًا وَعَلَى نَخْلِهَا ثَمَرٌ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ الثَّمَرُ فِي الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ، وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَأْخُذُهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَبَعٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ فَأَشْبَهَ

ثم قال: فإن قال المشتري: ذهب منها الثلث - أي: ثلث الأرض - بالغرق وقال الشفيع: ذهب النصف، فالقول قول المشتري ويأخذها الشفيع بثلثي الثمن إن شاء، وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة فطلبها الجار بالشفعة أخذ ما بقي بحصته من الثمن، والقول قول المشتري في مقدار المستحق من الباقي؛ لأن الشفيع يدعي حتى التملك عليه في الباقي بثمن ينكره المشتري.

قوله: وَإِنْ نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ، أي: البناء الذي كان بناه البائع.

قوله: وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النَّقْضَ؛ لأنه قد زايلَ الأرض وهو في نفسه منقول لا يستحق بالشفعة، وإنَّما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالأرض، فإذا زال ذلك لم يكن له في البناء حق، ولم يذكر في الكتاب ما إذا هدمه أجنبيٌّ، وجعل في «المبسوط» حكم هدم الأجنبي وحكم هدم المشتري سواءً، فقال بعد ما ذكر حكم هدم المشتري بأنه يقسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة البناء يوم وقع الشراء، فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن، قال: وكذلك لو استهلكه أجنبيٌّ فأخذ منه المشتري قيمته، فإن سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامة البناء إن لو هدمه.

الْمَتَاعَ فِي الدَّارِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الِاتِّصَالِ صَارَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ كَالْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ فَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إنِ ابْتَاعَهَا وَلَيْسَ فِي النَّخِيلِ ثَمَرٌ فَأَثْمَرَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي) يَعْنِي يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ سَرَى إلَيْهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ الْمَبِيعِ.

قَالَ: (فَإِنْ جَدَّهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ وَقْتَ الأَخْذِ حَيْثُ صَارَ مَفْصُولا عَنْهُ فَلا يَأْخُذُهُ.

قَالَ فِي الكِتَابِ: (وَإِنْ جَدَّهُ الْمُشْتَرِي سَقَطَ عَنِ الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - (وَهَذَا جَوَابُ الفَصْلِ الأَوَّلِ)؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ مَقْصُودًا فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

قوله: وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ، كالأبواب والسرر المركبة.

قوله: عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعِ، يعني: أن الجاريةَ المبيعة إذا ولدت ولدًا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إلى الولد، حتى يكون الولدُ ملك المشتري أيضًا كأُمِّه.

قوله: لا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الفَصْلَيْنِ، أي: في فصل ما إذا كان في النخيل ثمر حين وقع الشراء ثم جدَّه المشتري، وفي فصل ما إذا لم يكن في النخيل ثمر حين وقع الشراء على الأرض والنخيل، ثم أثمر النخيل، ثم جدَّه المشتري، ثم جاء الشفيع لم يبق للشفيع حق في الثمر في الفصلين.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ تَبَعًا؛ لأن تبعيته إنَّما كانت بالاتصال بالنخيل ولم يبق متصلًا.

قوله: قَالَ فِي الكِتَابِ، أي: في مختصر القدوري.

قوله: وَهَذَا جَوَابُ الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا ابتاع أرضًا وعلى نخلها ثمر.

(أَمَّا فِي الفَصْلِ الثَّانِي يَأْخُذُ مَا سِوَى الثَّمَرِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ)؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ العَقْدِ فَلَا يَكُونُ مَبِيعًا إِلَّا تَبَعًا فَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: أَمَّا فِي الفَصْلِ الثَّانِي، وهو ما إذا ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر، وهذا الذي ذكره كله هو جواب ظاهر الرواية، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله في قوله الأول؛ لأنه ذكر في باب الشفعة في الأرضين والأنهار من شفعة «المبسوط»:

وإذا اشترى أرضًا فيها نخل ليس فيها ثمر فأثمرت في يده فأكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن إن شاء، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولًا: يحط من الثمن حصَّةُ ما أكل المشتري من الثمن؛ لأن حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل التسليم إليه، ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن، كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق الشفيع.

يوضحه: أن تناول الثمار الحادثة يمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يبين، وهي في ذلك كالثمار الموجودة فكذلك في حق الشفيع.

فأمَّا وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع إليه أبو يوسف رحمه الله أن المشتري يملك الأرض والنخل بجميع الثمن، والشفيع إنَّما يأخذها بمثل ما يملك به المشتري؛ وهذا لأن الحادث من الثمار بعد القبض لا حصَّة له من الثمن، فإنه لم يكن موجودًا عند العقد ولا عند القبض، وانقسام يكون باعتبارهما، ولو كانت قائمة في يد المشتري كان يضمه إلى الأصل ويبيع الكل مرابحة، فإذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان، إلا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل، وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد إذا أخذها المشتري، فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولا حق للشفيع فيها بعد الجداد، ويطرح عن الشفيع حصتها من الثمن.

وذكر في «الإيضاح»: ولو كانت الثمرة قائمة فقبض المشتري واستهلك الثمرة، أو هلكت في يده، سقط عن الشفيع حصته من الثمن؛ لأن العقد ورد عليها مقصودًا فيرفع حصتها

....

عن الشفيع، ولو أثمرت في يد المشتري فجاء الشفيع والثمرة في النخيل فله أن يأخذ الكل بالثمن الأول لا يزداد عليه، فإن جدَّها المشتري ثم جاء الشفيع والثمرة قائمة أو مستهلكة أخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن إن شاء، بخلاف ما إذا حدث في يد البائع قبل القبض فأتلفه البائع إنه ترفع عنه الحصة؛ لأن ما حدث قبل القبض له حصة على اعتبار صيرورته مقصودًا بالقبض، أو بإتلاف البائع، وإذا حدث في يد المشتري لم يرد عليه قبضٌ مقصودٌ فلا يثبت له الحصة، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لا تَجِبُ)

قَالَ: (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي العَقَارِ وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُقْسَمُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا شُفْعَةَ فِيمَا لا يُقْسَمُ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ دَفْعًا لِمُؤْنَةِ القِسْمَةِ، وَهَذَا لا يَتَحَقَّقُ فِيمَا لا يُقْسَمُ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ عَقَارٌ أَوْ رَبْعٌ»

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة، وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملًا؛ لأن التفصيل إنَّما يحتاج إليه إذا سبق ذكر الإجمال.

قوله: الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ، أي: ثابتة.

العَقَار: كل مال له أصل من دار أو ضيعة.

قوله: وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُقْسَمُ، أي: وإن كان ممَّا لا يحتمل القسمة، أي: لو قسم قسمة حسيَّة لا ينتفع به كالحمام، والرحى، بخلاف الأرض.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا شُفْعَةَ فِيمَا لا يُقْسَمُ، أي: فيما لا يحتمل القسمة.

والخلاف بيننا وبينه راجع إلى أصل وهو أن من أصل الشافعي رحمه الله أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة، وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة، وعندنا لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار.

ولنا ما رُوي من الحديث في الكتاب وهو حديث جابر رضي الله عنه.

إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ العُمُومَاتِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ سَبَبُهَا الاتِّصَالُ فِي المِلْكِ وَالحِكْمَةَ دَفْعُ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ القِسْمَيْنِ مَا يُقْسَمُ وَمَا لا يُقْسَمُ وَهُوَ الحَمَّامُ وَالرَّحَى وَالبِئْرُ وَالطَّرِيقُ.

قَالَ: (وَلا شُفْعَةَ فِي العُرُوضِ وَالسُّفُنِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي إِيجَابِهَا فِي السُّفُنِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ سُوءِ الجِوَارِ عَلَى الدَّوَامِ، وَالمِلْكُ فِي المَنْقُولِ لا يَدُومُ حَسَبَ دَوَامِهِ فِي العَقَارِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ، وَفِي بَعْضِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ: وَلا شُفْعَةَ فِي البِنَاءِ

ولأن الحمَّام لو كان مهدوماً فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة، وما يستحق بالشفعة مهدومًا يستحق بالشفعة مبنيًّا كالشقص من الدار.

ثم للشفيع في الرحى والحمام ما كان متصلًا بهما كالبناء، وليس له من متاعهما الذي هو ليس بمركَّبٍ بهما، ألا ترى أن الحمام يباع فيأخذه الشفيع بقدر الحمام؛ لأنه من البناء، وكذلك في الرحى، ولا يأخذ القصاع؛ لأنَّها غير متصلة بالبناء، كذا في «المبسوط» في باب الشفعة في الأرضين.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: في بيع الحمام يدخل القدر المركب من غير ذكر في البيع، والقصاع لا تدخل وإن ذكر الحقوق والمرافق.

الرَّبع: الدار، وَالرَّحَى: أي: بيت الرحى مع الرحى، الحَائِط: البستان، وأصله: ما أحاط به، ومنه حديث أُبيّ حيث قال: أبى حائطي، أي: ادَّعى حائطي، أو حايطي الذي تعرفه ملكي، الحَسَب: بفتح السين وسكونها في معنى القَدْر على اختيار المطرزي، يقال: أحسنتُ إليه حسب الطاقة، وعلى حسبها، أي: قدرها، وعلى اختيار الجوهري هو بالفتح، وإنَّما يسكن في ضرورة الشعر.

قوله: وَلَا شُفْعَةَ فِي البِنَاءِ وَالنَّخْلِ إِذَا بِيعَتْ دُونَ العَرْصَةِ؛ لأن الشفعة إنَّما تجب

وَالنَّخْلِ إِذَا بِيعَتْ دُونَ العَرْصَةِ وَهُوَ صَحِيحٌ مَذْكُورٌ فِي الأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ لا قَرَارَ لَهُ فَكَانَ نَقْلِيًّا، وَهَذَا بِخِلَافِ العُلُوِّ حَيْثُ يُسْتَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ وَيُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي السُّفْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلُوِّ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَا لَهُ مِنْ حَقِّ القَرَارِ التَحَقَ بِالعَقَارِ.

في الأراضي التي تملك رقابها، حتى أن الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال ويدفع إلى الناس مزارعة فصار لهم فيها كِرْدَار كالبناء والأشجار، فلو بيعت هذه الأراضي فبيعها باطل وبيع الكردار إذا كان معلومًا يجوز ولكن لا شفعة فيها، وإنَّما يجب بحق الملك في الأراضي حتى لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للواقف ولا يأخذها المتولي، وكذلك إذا كانت هذه الدَّار وقفًا على رجل لا يكون للموقوف عليه حق الشفعة بسبب هذه الدار، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

فإن قلتَ: يشكل على قوله في «الذخيرة»: وإنَّما تجب الشفعة بحق الملك في الأرض حتى لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للواقف، إلى آخره، وكذلك قوله في الكتاب: وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ سَبَبُهَا الِاتِّصَالُ فِي المِلْكِ، إلى آخره، استحقاق العبد المأذون والمكاتب على ما يجيء، فإنه ليس لهما ملك رقبة الأرض ومع ذلك إنَّهما يستحقان الشفعة.

قلتُ: لا يشكل؛ لأن استحقاقهما التصرف في الأرض بالبيع والشراء قام مقام ملك الرقبة، كما قال أبو حنيفة رحمه الله باستحقاق الشفعة للمشتري الذي له الخيار إذا بيعت دار بجنب تلك الدار المشتراة مع أنه لا يقول بالملك على ما يجيء بيانه.

قوله: بِخِلَافِ العُلُوِّ حَيْثُ يُسْتَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ، أي: يستحق العلو بالشفعة، يعني: لو بيع العُلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق أَوْلَى من صاحب الدار التي عليها العلو؛ لما مرَّ أن الشريك في الطريق مقدم على الجار، فإن سلم صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملازق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل؛ لأنَّهما استويا في الجوار.

قوله: وَيُسْتَحَقُّ بِهِ - أي: بالعلو - الشُّفْعَةُ فِي السُّفْلِ - يعني: لو باع صاحب السفل سفله كان صاحب العلو شفيعًا بالجار وليس بشريك - إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلُوِّ فِيهِ، أي:

قَالَ: (وَالمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ) لِلْعُمُومَاتِ وَلِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي السَّبَبِ وَالحِكْمَةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَلِهَذَا يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ وَالبَاغِي وَالعَادِلُ وَالحُرُّ،

في ذلك السفل، كذا في «الإيضاح».

وقوله في الكتاب: إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العُلُوِّ فِيهِ، أي: في السفل، لبيان أن استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وهو ليس لنفي الشفعة إذا كان له طريق في السفل، بل إذا كان طريق في السفل كان استحقاق صاحب العلو بالشفعة في السفل بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار، حتى أنه يكون مقدمًا على الجوار على ماذكرنا من «الإيضاح».

قوله: وَالمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للذمي، ويقول: لأن الأخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر بهذه الشريعة وهو الكافر، ولكنا نأخذ بما قضى به شريح رحمه الله، وقد تأيد ذلك بإمضاء عمر رضي الله عنه، ثم أن أهل الذمَّة قد التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، والأخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر، والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ، أي: سواءٌ، وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة، وذلك بين الكبار دون الصغار؛ ولأن الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستأجر.

ولكنا نقول: سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة، أو الجوار من حيث اتصال ملكه بالبيع على وجه التأبيد، فيكون مساويًا للكبير في الاستحقاق به أيضًا، ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وإن لم يكن محتاجًا إلى ذلك في الحال، وبمثل هذه الحالة جاز للولي من تزويج الصغير والصغيرة فكذا يثبت له حق الشفعة، كذا ذكر في الباب الأول من شفعة «المبسوط»، وكذلك تثبت الشفعة عندنا للجنين أيضًا؛ لأنه ذكر في باب الوكالة بالشفعة من شفعة «المبسوط»:

وَالعَبْدُ إذَا كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مُكَاتَبًا.

قَالَ: (وَإِذَا مَلَكَ العَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ مُرَاعَاةُ شَرْطِ الشَّرْعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمَلُّكُ بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَ بِهِ المُشْتَرِي صُورَةً أَوْ قِيمَةً عَلَى مَا مَرَّ.

وإذا كانت الشفعة لورثة فيهم الصغير والكبير والجنين الذي لم يولد بعد فهم في الشفعة سواء؛ لأن الجنين من أهل الملك بالإرث، فباعتبار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار أو شركة، وإذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميِّت شركهم في الشفعة، وإن كان الوضع بعد البيع لأكثر من ستة أشهر؛ لأنا لمَّا حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالإرث له، وبكونه موجودًا عند البيع، فهو بمنزلة ما لو كان بعض الشركاء في الدار غائبًا فأخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته من ذلك.

قوله: وَالعَبْدُ إذَا كَانَ مَأْذُونًا، أي: يستحق العبد المأذون الشفعة، هذا إذا كان بائع الدار غير المولى فالمسألة تجري على عمومها، أمَّا إذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها فللعبد الشفعة إذا كان عليه دين، وإلا فلا، هكذا ذكر في باب الشهادة في الشفعة من شفعة «المبسوط» فقال:

وإذا باع الرجل دارًا وله عبد تاجر هو شفيعها فإن كان عليه دين فله الشفعة، وإن لم يكن عليه دين فلا شفعة له؛ لأن ماله لمولاه إذا لم يكن عليه دين، فكما أن البائع لا يأخذ ما باع بالشفعة في هذه الدار فكذلك عبده لا يأخذ، وإذا كان عليه دين فالغرماء أحق بكسبه، وللغرماء حق الأخذ بالشفعة في هذه الدار فكذلك للعبد أن يأخذها لنفعهم، يوضحه: أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من مولاه إذا لم يكن عليه دين باطل، بخلاف ما إذا كان عليه دين، فكذلك حكم الأخذ بالشفعة، وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فإن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأن بيع العبد وقع له، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن بيعه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده المديون كسائر الأجانب.

قوله: بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَ بِهِ المُشْتَرِي صُورَةً - أي: في ذوات الأمثال - أَوْ قِيمَةً - أي: في غير ذوات الأمثال - عَلَى مَا مَرَّ، أي: في فصل ما يؤخذ به المشفوع في قوله: وَمَنِ اشْتَرَى

قَالَ: (وَلا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ الَّتِي يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا أَوْ يُخَالِعُ المَرْأَةَ بِهَا أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا أَوْ غَيْرَهَا أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمْدٍ أَوْ يَعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا)؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَنَا إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُبَادَلَةِ المَالِ بِالمَالِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذِهِ الأَعْوَاضُ لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ، فَإِيجَابُ الشُّفْعَةِ فِيهَا خِلَافُ المَشْرُوعِ وَقَلْبُ المَوْضُوعِ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُ فَأَمْكَنَ الأَخْذُ بِقِيمَتِهَا إِنْ تَعَذَّرَ بِمِثْلِهَا كَمَا فِي البَيْعِ بِالعَرْضِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ؛ لِأَنَّهُ لا عِوَضَ فِيهَا رَأْسًا، وَقَوْلُهُ يَتَأَتَّى فِيمَا إِذَا جَعَلَ شِقْصًا مِنْ دَارٍ مَهْرًا أَوْ مَا يُضَاهِيهِ؛ لِأَنَّهُ لا شُفْعَةَ عِنْدَهُ إِلَّا فِيهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ البُضْعِ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهَا بِعَقْدِ الإِجَارَةِ ضَرُورِيٌّ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشُّفْعَةِ، وَكَذَا الدَّمُ وَالعِتْقُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ مَا يَقُومُ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي المَعْنَى الخَاصِّ المَطْلُوبِ وَلا يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا دَارًا بِعَرَضٍ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ، وَمَنِ اشْتَرَى بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، إلى آخره.

قوله: وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ، وكذلك عند أبي ليلى.

قوله: وَقَوْلُهُ يَتَأَتَّى - أي: وقول الشافعي رحمه الله إنَّما يتأتى - فِيمَا إِذَا جَعَلَ شِقْصًا مِنْ دَارٍ مَهْرًا -؛ لأنه لا يرى الشفعة بالجوار - أَوْ مَا يُضَاهِيهِ، أي: أو ما يضاهي المهر كبدل الخلع والأجرة، أي: إذا جعل شقصًا من دار بدل الخلع أو الأجرة.

قوله: فِي المَعْنَى الخَاصِّ المَطْلُوبِ - وهو الماليَّة - وَلا يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا، أي: ولا يتحقق المعنى الخاص المطلوب في الدَّم والعتق.

والأولى في تعليل هذه المسألة ما علل به في نكاح «المبسوط» فقال: وجوب الشفعة

بِغَيْرِ مَهْرٍ ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهْرًا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَفْرُوضِ فِي العَقْدِ فِي كَوْنِهِ مُقَابِلًا بِالبُضْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهَا بِمَهْرِ المِثْلِ أَوْ بِالمُسَمَّى؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ،

يختص بمعاوضة مال بمال مطلق والبضع ليس بمال، فكان المملوك صداقًا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيه الشفعة؛ وهذا لأن الشفيع إنَّما يتملك بمثل السبب الذي يملك به المشتري، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب؛ لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببًا آخر غير السبب الذي يملك به المتملك، فكذلك هاهنا المرأة إنَّما ملكت الدار بالنكاح صداقًا، ولو أخذها الشفيع كان شراءً وكان سببًا آخر، بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب.

وإنَّما قلنا هذا أولى؛ لأن الصفقة المضافة إلى المشتري تنتقل إلى الشفيع عند الأخذ بالشفعة على ما ذكرنا، وذلك إنَّما يكون أن لو كان ما يأخذه الشفيع مثل ما يأخذه المشتري من كل وجه، وذلك لا يتحقق فيما أخذ الشفيع الشفعة فيمن جعلها صداقًا للمرأة.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَفْرُوضِ - أي: لأن المهر الذي فرض بعد العقد بمنزلة المفروض - فِي العَقْدِ فِي كَوْنِهِ، يحتمل أن يرجع الضمير في كَوْنِهِ، إلى المفروض في العقد، أو إلى المفروض بعد العقد؛ لأن كل واحد منهما مقابل بالبضع، أي: المهر المفروض بعد العقد بمنزلة المهر المفروض في حال العقد في حق التنصيف في الطلاق قبل الدخول في ظاهر الرواية بالإجماع، على ما مرَّ في كتاب النكاح في قوله: وإن تزوَّجها ولم يسم لها مهرًا ثم تراضيا على تسميته فهي لها، وإن طلَّقها قبل الدخول فلها المتعة لا نصف المفروض بعقد النكاح.

قوله: لِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ؛ لأن مهر المثل أو المسمَّى مال، وكذلك الدار مال فكانت مبادلة الدار بمهر المثل مبادلة مال بمال لا تتعلق هذه المبادلة بالبضع، والدليل على هذا أنه لو طلقها في هذه الصورة قبل الدخول لم يلزمها رد شيء من الدار على الزوج، وإنَّما يلزمها ثمنُ الدار وما فرض القاضي مهرًا لها يحبس من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك، بخلاف ما إذا جعلها مسمى لها فإنه هناك يعطيه نصف المسمى، كذا في شفعة «المبسوط».

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى دَارٍ عَلَى أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفًا فَلَا شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الأَلْفِ؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ. وَهُوَ يَقُولُ مَعْنَى الْبَيْعِ فِيهِ تَابِعٌ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَلَا يَفْسُدُ بِشَرْطِ النِّكَاحِ فِيهِ، وَلَا شُفْعَةَ فِي الأَصْلِ فَكَذَا فِي التَّبَعِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ شُرِعَتْ فِي الْمُبَادَلَةِ الْمَالِيَّةِ الْمَقْصُودَةِ حَتَّى أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبْحٌ لَا يَسْتَحِقُّ رَبُّ الْمَالِ الشُّفْعَةَ

قوله: حَتَّى أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبْحٌ لَا يَسْتَحِقُّ رَبُّ الْمَالِ الشُّفْعَةَ فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ، صورته إذا كان رأس المال ألفًا فاتجر المضارب وربح ألفًا ثم اشترى بالألفين دارًا في جوار رب المال ثم باعها بالألفين، فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار أن الربح تبع لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال؛ لأن البيع كان لرب المال؛ لأن المضارب وكيل لرب المال في حقه، وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء إن شاء الله تعالى، فكذا في حصة الربح وهو التبع.

وفي «الإيضاح»، و«المغني»: فلو باع المضارب دارًا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له، سواء كان في الدار ربحٌ أو لم يكن؛ لأن المضارب باع الدار لرب المال وقد عرف أن المضارب وكيل رب المال بالبيع فلا شفعة فيه، وهذا بخلاف ما إذا اشترى المضارب دارًا ورب المال شفيعها بدار له أخرى فله أن يأخذ الشفعة؛ لأن شراء المضارب وإن وقع له ولكن في الحكم كأنه مال ثالث، ألا ترى أنه لا يقدر أن ينتزعه من يده فيكون له أن يأخذه.

وذكر محمد رحمه الله في المسألة الأولى: وليس إذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على أن المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته، ألا ترى أن رجلًا لو رهن من آخر دارًا وسلط العدل على بيعها إذا حل أجل الدَّين، حتَّى يستوفي الدين من الثمن لم يكن للراهن أن ينهاه عن البيع، وإن باعها العدل والراهن شفيعها بدار له أخرى لم يكن للراهن أن يأخذها بالشفعة؛ لأن العدل وكيل الراهن بالبيع مع أن الراهن لا يملك نَهيه عن البيع.

فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ لِكَوْنِهِ تَابِعًا فِيهِ.

قَالَ: (أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، فَإِنْ صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَكَذَا ذُكِرَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ، وَالصَّحِيحُ أَوْ يُصَالِحُ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ مَكَانَ قَوْلِهِ أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ بَقِيَ الدَّارُ فِي يَدِهِ فَهُوَ يَزْعُمُ أَنَّهَا لَمْ تَزُلْ عَنْ مِلْكِهِ، وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِسُكُوتٍ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ

وقوله: فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ، أي: في حصَّة ربح المضارب.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ، وَالصَّحِيحُ أَوْ يُصَالِحُ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ، يعني: عطف في المختصر.

قوله: أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، على الصور التي لا شفعة فيها فيما ذكر قبله وهو قوله: وَلا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ الَّتِي يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا أَوْ يُخَالِعُ الْمَرْأَةَ بِهَا، إلى أن قال: أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، حيث ألحق هذه الصورة بالصور التي لا تجب فيها الشفعة، وليس كذلك بل إنَّما كان عدم وجوب الشفعة في الصلح على الإنكار فيما إذا كانت الدار مصالحًا عنها لا مصالحًا عليها؛ لأن الصلح إذا وقع على الدار وجبت الشفعة في الأحوال الثلاث من إقرار، وإنكار، وسكوت، والفصل بين الإقرار والإنكار فيما إذا وقع الصلح على الدراهم عن الدار؛ لأنه ذكر في الفصل الثالث من شفعة «الذخيرة»:

وإذا ادعى حقًّا على إنسان فصالحه المدَّعي قِبَلَه، أي: المدعى عليه على دار، فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة سواء كان الصلح عن إنكار أو إقرار ويدخل السكوت تحت الإنكار، وإنَّما تثبت الشفعة هنا؛ لأن التملك بالشفعة يقع على المدعي، وفي زعم المدعي إنه ملك هذه الدار عوضًا عما هو عين مال فيُبنى الأمر على زعمه، وبمثله لو ادعى دارًا في يدي رجل وصالحه المدَّعي قبله على أن يعطيه المدَّعى عليه دراهم ويترك الدار على المدعي قبله، ينظر إن كان الصلح على إقرار المدعي قبله فللشفيع الشفعة، وإن كان الصلح على إنكار

بَذَلَ المَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ وَقَطْعًا لِشَغَبِ خَصْمِهِ، كَمَا إِذَا أَنْكَرَ صَرِيحًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِقْرَارٍ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِالمِلْكِ لِلْمُدَّعِي، وَإِنَّمَا اسْتَفَادَهُ بِالصُّلْحِ فَكَانَ مُبَادَلَةً مَالِيَّةً. أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ أَوْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ فَيُعَامَلَ بِزَعْمِهِ.

قَالَ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ)؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً،

فلا شفعة للشفيع؛ لأن التملك بالشفعة هاهنا يقع على المدعى قبله، وإذا كان الصلح على إقرار ففي زعمه أنه يملك الدار بعوض هو عين مال، وأمَّا إذا كان الصلح على إنكار ففي زعمه أنه لا يملك الدار بعوض أصلًا وإنَّما دفع الدارهم فداءً عن اليمين، فإذًا في الفصول كلها يعتبر زعم من يقع التملك عليه.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِقْرَارٍ، أي: تجب فيها الشفعة، وكذلك إذا أقام المدعي البينة حيث تجب فيها الشفعة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالإقرار، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ أَخَذَهَا عِوَضًا - أي: لأن المدعي أخذ الدار المصالح عليها عوضًا - عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ - أي: عن حق المدعي في زعم المدعي - إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ، أي: إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وإنَّما قيَّد به؛ لأنه إذا كان من جنسه يكون آخذًا حقه فلا يكون معاوضة فلا تجب الشفعة.

قوله: وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله قبل هذا في هذا الباب: بِخِلَافِ الهِبَةِ لِأَنَّهُ لَا عِوَضَ فِيهَا رَأْسًا، فإنه لمَّا لم يجب في تمليك الدار التي لها عوض ولكن ليس بمال كالبضع في النكاح، والمنفعة في الإجارة، فلأن لا يجب في تمليك الدار التي لا عوض بمقابلتها أصلًا أَوْلَى، وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلى: الموهوب يُستحق بالشفعة إذا كان ممَّا لا يقسم، ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه إن لم يعوِّض الموهوب له الواهب، وإن عوَّضه فبقيمة العوض فإنه يقول: ثبوت حق الشفعة لحاجته إلى دفع ضرر التأذي بسوء مجاورة الجار الحادث،

وَلَا بُدَّ مِنَ القَبْضِ وَأَنْ لَا يَكُونَ المَوْهُوبُ وَلَا عِوَضُهُ شَائِعًا؛ لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ العِوَضُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هِبَةٌ مُطْلَقَةٌ، إِلَّا أَنَّهُ أُثِيبَ مِنْهَا فَامْتَنَعَ الرُّجُوعُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ زَوَالَ المِلْكِ عَنِ البَائِعِ (فَإِنْ أُسْقِطَ الخِيَارُ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ عَنِ الزَّوَالِ وَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَصِيرُ سَبَبًا لِزَوَالِ المِلْكِ عِنْدَ ذَلِكَ.

وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة متى تجدد الملك لجار حادث بأيِّ سبب كان من هبة، أو صدقة، أو وصيَّة، إلا الميراث فالملك لا يتجدد به، وإنَّما يبقى للوارث ما كان ثابتـًا للمورث.

ولكنا نقول: حق الشفعة إنَّما يثبت له إذا تمكن من الأخذ بمثل السَّبب الذي يملك به المتملك، فأمَّا إذا عجز عن ذلك فلا يثبت له حق الشفعة كالميراث، وفي الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب؛ لأن الموهوب له يملكه بطريق التبرع، وإنَّما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا إنشاء لسببٍ آخر، وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ، أي: في العقد، ولا بد من سبق القبض وهذا عندنا، خلافًا لزُفر رحمه الله فإنه إذا وهب لرجل دارًا على أن يهب له الآخر ألف درهم شرطـًا فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد التقابض يجب للشفيع فيها الشفعة، وعلى قول زفر رحمه الله تجب الشفعة قبل التقابض، وهو بناء على ما بيَّنا في كتاب الهبة أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداءً وانتهاءً، وعندنا بيع ابتداءً، وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ العِوَضُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ، أي: لا تثبت الشفعة حينئذٍ لا في الموهوب ولا في العوض إذا كان العوض دارًا؛ لأن كل واحدٍ منهما هبة من غير عوض،

(وَإِنِ اشْتَرَى بِشَرْطِ الخِيَارِ وَجَبَ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّهُ لا يَمْنَعُ زَوَالَ المِلْكِ عَنِ البَائِعِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالشُّفْعَةُ تُبْتَنَى عَلَيْهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا أَخَذَهَا فِي الثَّلَاثِ وَجَبَ البَيْعُ لِعَجْزِ المُشْتَرِي عَنِ الرَّدِّ، وَلا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي دُونَ

وأوضح ذلك في «الإيضاح» فقال:

ولو وهب له عقارًا من غير عوضٍ مشروطٍ في العقد ثم عوضه من ذلك دارًا فلا شفعة في الهبة ولا في العوض؛ لأن هذه هبة أثبتت على هبة، والهبة الثانية أثرت في إبطال حق الرجوع لا أن يكون عوضًا عن الموهوب الأول حقيقةً، ألا ترى أنه لو وهبه عشرة وعوضه خمسة جاز، ولو كان عوضًا عن الموهوب لكان ربًا، وإذا ثبتَ أنه ليس بعوض عن نفس الموهوب لم تثبت الشفعة.

وذكر في «الأوضح»: فامتناع الرجوع فيما إذا عوَّض بدون الشرط لمكان التعويض لا لصيرورتِها بيعًا؛ لأنه يمنع زوال الملك عن البائع، فلمَّا كان بقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع كما في البيع الفاسد كان بقاء ملكه أَوْلَى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالشُّفْعَةُ تُبْتَنَى عَلَيْهِ - أي: على زوال الملك عن البائع - عَلَى مَا مَرَّ، أي: في أوائل كتاب الشفعة في قوله: وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ، إلى أن قال: وَالوَجْهُ فِيهِ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ، إلى آخره.

قوله: وَإِذَا أَخَذَهَا - أي: وإذا أخذ الشفيع الدار - فِي الثَّلَاثِ - أي: في مدة الخيار التي هي الثلاث، وإنَّما قيد بالثلاث لتكون المسألة على الاتفاق - وَجَبَ البَيْعُ، أي: تقرر وتحقق البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار، وإنَّما ذكر هذا؛ لأن المشتري بخيار الشرط لو ردَّ البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق، بل انفسخ من الأصل فحينئذٍ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة؛ لأن هذا ليس بإقالة بل انفساخ من الأصل فكان السبب منعدمًا في حقه من الأصل، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ، أي: خيار الشرط الذي كان ثابتًا للمشتري لا يكون ثابتًا

الشَّفِيعِ، وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ إِلَى جَنْبِهَا وَالخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا لِلْبَائِعِ فَظَاهِرٌ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ فِي الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي، وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي البُيُوعِ فَلَا نُعِيدُهُ.

للشفيع، وإن كان فيه انتقال إضافة الصفقة من المشتري إلى الشفيع؛ لما ذكرنا أن الشرط إنَّما يثبت لمن شرط له، والخيار إنَّما شرط للمشتري لا للشفيع، وانتقال الصفقة إنَّما كان في نفس البيع لا في شرطه.

قوله: وَالخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا - أي: لأحد المتعاقدين من البائع والمشتري - فَلَهُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ، أي: فلمن له الخيار الأخذ بالشفعة.

قوله: أَمَّا لِلْبَائِعِ فَظَاهِرٌ، أي: الخيار إذا كان للبائع فأخذه بالشفعة ظاهر؛ لأن ملكه لم يزل ببيعه بخيار الشرط، فلما كان ملكه باقيًا فيما باع كان له ولاية الأخذ بالشفعة للدار المبيعة في جنب داره هذه، ثم لو أخذها بالشفعة كان ذلك من البائع نقضًا لبيعه؛ لأنه قرر ملكه وإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدَّة الخيار يكون نقضًا للبيع؛ وهذا لأنه لو لم يجعل ناقضًا لكان إذا جاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد، حتى يستحق زوائدها المتصلة والمنفصلة، فتبيَّن بذلك أنه أخذها بالشفعة من غير حق له، كذا في «المبسوط».

قوله: وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي البُيُوعِ، وهذه الحوالة في حق الإشكال غير رابحة، بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال وهو قوله: وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ أُخْرَى بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ رِضًا؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ المِلْكَ فِيهَا، إلى أن قال: وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى خَاصَّةً، وإنَّما الإشكال هو الذي ذكره الثَّلجي رحمه الله، فإنه يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله فيقول: إذا كان من أصله أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدَّة خياره، واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستأجر والمستعير، فكيف تثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار؟ ولكن عذره ما بيَّنا وهو أنَّ المشتري بخيار الشرط صار

وَإِذَا أَخَذَهَا كَانَ إِجَازَةً مِنْهُ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهَا وَلَمْ يَرَهَا حَيْثُ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ بِأَخْذِ مَا بِيعَ بِجَنْبِهَا بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ لَا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الْإِبْطَالِ فَكَيْفَ بِدَلَالَتِهِ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الْأُولَى لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ لِانْعِدَامِ مِلْكِهِ فِي الْأُولَى حِينَ بِيعَتِ الثَّانِيَةُ.

قَالَ: (وَمَنِ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا) أَمَّا قَبْلَ الْقَبْضِ فَلِعَدَمِ زَوَالِ

أحق بِها مع خياره، وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره، كذا في باب الخيار في الشفعة من شفعة «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: ولو كان الخيار لهما - يعني: للبائع والمشتري - فلا شفعة للشفيع لأجل خيار البائع، لا لأجل خيار المشتري.

قوله: وَإِذَا أَخَذَهَا، أي: وإذا أخذ الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة المشتري بخيار الشرط، كان الأخذ بالشفعة إجازة منه للدار التي اشتراها بخيار الشرط فيسقط خياره.

قوله: ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الْأُولَى، وهي الدار التي أخذها المشتري بخيار الشرط.

قوله: لَهُ، أي: للشفيع.

قوله: دُونَ الثَّانِيَةِ - وهي الدار التي أخذها المشتري بشرط الخيار بطريق الشفعة - لِانْعِدَامِ مِلْكِهِ فِي الْأُولَى، أي: لانعدام ملك الشفيع الذي حضر في الدار الأولى حين بيعت الثانية.

وفي «المبسوط»: وإذا جاء الشفيع وأخذ منه - أي: من المشتري - بشرط الخيار الدار الأولى بالشفعة - أي: بحصَّته من الشفعة - لم يكن له على الثانية سبيل؛ لأنه إنَّما يتملكها الآن فلا يصير بها جارًا للدار الأخرى من وقت العقد، إلا أن تكون له دارٌ إلى جنبها والدار الثانية سالمة للمشتري؛ لأن أخذ الشفيع من يده لا ينفي ملكه من الأصل، ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا يتبيَّن له انعدام السبب في حقه حتى أخذ بالشفعة.

قوله: وَمَنِ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا، يعني: سواء قبضها المشتري، أو

مِلْكِ البَائِعِ، وَبَعْدَ القَبْضِ لِاحْتِمَالِ الفَسْخِ، وَحَقُّ الفَسْخِ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ لِدَفْعِ الفَسَادِ، وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الفَسَادِ فَلَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي البَيْعِ الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَخَصَّ بِهِ تَصَرُّفًا وَفِي البَيْعِ الفَاسِدِ مَمْنُوعٌ عَنْهُ.

لم يقبضها، أمَّا قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها، وأمَّا بعد القبض فلبقاء حق البائع في استردادها، ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع عن الدار.

ثم اعلم أنَّ هذا الذي ذكره وهو أنه لا شفعة في البيع الفاسد فيما إذا وقع البيع فاسدًا في الابتداء، وأمَّا إذا فسد بعد انعقاده صحيحًا فحق الشفيع يبقى على حاله، ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني دارًا بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما، أو أسلم أحدهما، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر، فإن البيع يفسد وللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة وإن فسد البيع؛ لأنه إنَّما فسد بعد وقوعه صحيحًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الفَسَادِ فَلَا يَجُوزُ، أي: فلا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الفاسد.

فإن قلتَ: لِمَ لم يجعل هاهنا كما جعل في الشراء شرط الخيار لئلا يلزم تقرير الفساد، وهو أن يسقط المفسد في حق الشفيع كما أسقط الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع، فيستحقها الشفيع بدون شرط الخيار على ما مرَّ قبيل هذا في **قوله: وَلَا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ**، فكذلك هاهنا يجب أن يكون كذلك، وهو أن لا يثبت الفساد في حق الشفيع وإن ثبتَ في حق المشتري، لكي يحصل الشفيع شفعته ولا يلزم تقرير الفساد.

قلتُ: لا وجه هنا لذلك؛ لأنا لو فعلنا كذلك يلزم فساد آخر فلا فائدة حينئذٍ في دفع الفساد الأوَّل؛ وذلك لأن فساد البيع إنَّما يثبت لمعنًى راجع إلى العوض إمَّا بالشرط في حقه، أو لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنًا، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه يبقى البيع بلا عوض وهو فاسدٌ أيضًا، فلا تثبت الشفعة هناك أيضًا فلا فائدة في رفعه حينئذٍ؛ لأنه لا يحصل المقصود،

قَالَ: (فَإِنْ سَقَطَ حَقُّ الفَسْخِ وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ لِزَوَالِ المَانِعِ، وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعْدُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ سَلَّمَهَا إلَى المُشْتَرِي فَهُوَ

وأمَّا الخيار إنَّما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين بل هو للتأمُّل والتروي، فلا يلزم من اشتراط خيار التأمُّل للمشتري اشتراطه للشفيع فلا يثبت الخيار في حق الشفيع لذلك.

قوله: فَإِنْ سَقَطَ حَقُّ الفَسْخِ - أي: فإن سقط حق طلب البائع بفسخ البيع واسترداد العين - وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ، للشفيع، وسقوط حق الفسخ إنَّما يكون بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة رحمه الله، وبالبيع من آخر بالاتفاق.

وذكر في «الإيضاح»: وإن سقط حق البائع في النقض كان للشفيع أن يأخذ ما مُلك منه بقيمته يوم قبض، ثم قال: وصورته إذا اتصل المبيع زيادة حتى يمتنع النقض، أو يزول ملك المشتري؛ لأن امتناع حق الشفعة إنَّما كان لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة، كما لو كان في البيع خيار فأسقط، ثم لو باع المشتري ما اشتراه بشراءٍ فاسدٍ بيعًا صحيحًا لم يكن للبائع نقض البيع للبائع، والشفيع بالخيار إن شاء أخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور، وإن شاء نقض البيع الثاني وصار كأن لم يكن وأخذ بالبيع الأوَّل بقيمته؛ لأن المبيع بالبيع الفاسد مضمون بالقيمة.

فإن قيل: إذا نقض البيع الثاني صار كأن لم يكن فيعود حق البائع في النقض، فلا يكون للشفيع حق الأخذ كما قبل البيع الثاني؛ لأنه منتقض من الأصل.

قلنا: إن البيع الثاني صحيح مزيل لملك المشتري وإنَّما ينقض لحق الشفيع، فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلًا حقه في الأخذ بالشفعة؛ لأن انتقاض البيع الثاني إنَّما كان لحق الشفيع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفعة، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح» وغيرهما.

قوله: وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعْدُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، أي: فللبائع الشفعة.

قوله: وَإِنْ سَلَّمَهَا إلَى المُشْتَرِي فَهُوَ شَفِيعُهَا؛ - أي: فالمشتري يكون شفيعها لا البائع -

شَفِيعُهَا؛ لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ)، ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ البَائِعُ قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ كَمَا إِذَا بَاعَ،

لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ، أي: للمشتري.

فإن قلتَ: أليس يلزم هاهنا تقرير الفساد في حق المشتري حيث أخذ الدَّار المبيعة بالشفعة بسبب الدار المشتراة بالشراء الفاسد، وقد ذكر قبل هذا بأنه لا شفعة في البيع الفاسد لئلا يلزم تقرير الفساد.

قلتُ: لا يلزم؛ لأن المشتري هاهنا بعد أن أخذ الدَّار المبيعة بجنب داره التي اشتراها بالشراء الفاسد متمكن من فسخ ما شَرَاهُ بسبب الشراء الفاسد، ولا فساد في الدار التي أخذها بطريق الشفعة، وأمَّا هناك لو قلنا بثبوت الشفعة للشفيع في الشراء الفاسد كان الشراء الفاسد منتقلًا إلى الشفيع من المشتري بالشراء الفاسد بوصف الفساد على ما ذكرنا فكان تقريرًا للفساد.

فإن قلتَ: فلِمَ لا يمنع بقاء حق البائع في الاسترداد لما اشتراه المشتري بالشراء الفاسد المشتَرِيَ بسبب ملك المشتراة بالشراء الفاسد عن استحقاق الشفعة في الدَّار المشتراة بالشراء الفاسد بقاء حق البائع في الاسترداد وإن ثبت الملك للمشتري.

قلتُ: الأصل في سبب استحقاق الشفعة للشفيع ثبوت ملك الدار المتصلة بالدار المشفوعة إمَّا شركةً أو جوارًا، وقد وجد هذا السبب في حق المشتري بالشراء الفاسد بعد ما قبض الدار فتثبت الشفعة له، وتعلق حق الغير به لمعنى لا يمنعُ وجوبَ الشفعة للمالك، كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للرَّاهن إذا بيعت دار بجنبها، هكذا ذكره في «المبسوط».

ولم يمنع الشفيع في تلك المسألة عن استحقاق الشفعة مجردُ بقاء حق البائع في الاسترداد بل كان هو مع لزوم تقرير الفساد، وأمَّا هاهنا فلا يلزم تقرير الفساد على ما ذكرنا بأن المشتري يتمكن من فسخ شرائه بسبب الفساد فيستحق الشفعة لذلك.

قوله: ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ البَائِعُ - أي: الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري - **قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ** - أي: للبائع - **بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ**، أي: شفعة البائع؛ لأنه لم يبق له ملك فيما يشفع به.

بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَبَقِيَتِ المَأْخُوذَةُ بِالشُّفْعَةِ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا البَائِعُ مِنَ المُشْتَرِي قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ لِانْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَنِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الحُكْمِ بَقِيَتِ الثَّانِيَةُ عَلَى مِلْكِهِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الإِفْرَازِ وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا الجَبْرُ؛ وَالشُّفْعَةُ مَا شُرِعَتْ إِلَّا فِي المُبَادَلَةِ المُطْلَقَةِ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ بَعْدَهُ، أي: بعد حكم الحاكم بالشفعة للبائع حيث لا تبطل شفعته، وكذلك إذا أخذه بالشفعة بالتراضي ثم سلم الدار إلى المشتري.

قوله: وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا البَائِعُ مِنَ المُشْتَرِي قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ - أي: للمشتري - بَطَلَتْ، أي: بطلت الشفعة للمشتري؛ لأنه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة، وقيام السبب للشفيع إلى وقت الأخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالأخذ.

ثم اعلم أن هاهنا كما لا تثبت الشفعة للمشتري فكذلك لا يثبت للبائع الذي استردَّ الدار التي يشفع بها أيضًا، أمَّا لا يثبت للمشتري فلما ذكرنا أنه انقطع ملكه عن التي يشفع بها قبل أن يأخذ بها الشفعة، وبقاء ملكه إلى وقت الأخذ شرط، وأمَّا في حق البائع فإنه لم يكن جارًا حين بيعت هذه الدار، فكان البائع والمشتري هاهنا بمنزلة ما لو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل أن يخاصم بالشفعة فإنه لا يستحق المبيعة بالشفعة؛ لأنه أزال جواره قبل أن يأخذ بالشفعة، ولا للمشتري منه؛ لأن جواره حادث بعد بيع تلك الدار، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الحُكْمِ بَقِيَتِ الثَّانِيَةُ عَلَى مِلْكِهِ، أي: وإن استرد البائع الدار المشتراة بشراء فاسد بعد حكم الحاكم بالشفعة للمشتري بسبب تلك الدار المشتراة بالشراء الفاسد، بقيت الدار المأخوذة بالشفعة على ملك المشتري، وإن لم تبق المشتراة على ملك المشتري.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا المُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ أَوْ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَعَادَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ وَالشُّفْعَةُ فِي إِنْشَاءِ العَقْدِ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ القَبْضِ وَعَدَمِهِ.

(وَإِنْ رَدَّهَا بِعَيْبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ أَوْ تَقَايَلَا البَيْعَ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ فِي حَقِّهِمَا لِوِلَايَتِهِمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا وَقَدْ قَصَدَا الفَسْخَ وَهُوَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ لِوُجُودِ حَدِّ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ بِالتَّرَاضِي وَالشَّفِيعُ ثَالِثٌ، وَمُرَادُهُ الرَّدُّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ لِأَنَّ قَبْلَهُ فَسْخٌ مِنَ الأَصْلِ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ عَلَى مَا عُرِفَ.

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ، وَهُوَ بِكَسْرِ الرَّاءِ، وَمَعْنَاهُ:

قوله: وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا، أي: في أنه لا شفعة عند قضاء القاضي بالرد.

قوله: وَمُرَادُهُ، أي: ومراد القدوري رحمه الله في **قوله:** وَإِذَا اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا المُشْتَرِي ... بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ.

قوله: لِأَنَّ قَبْلَهُ فَسْخٌ مِنَ الأَصْلِ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، ألا ترى أن الرد ينفرد به من غير أن يحتاج إلى رضاء صاحبه أو قضاء القاضي، بخلاف الإقالة؛ لأنها لا تتم بأحدهما فكانت بيعًا جديدًا في حق الثالث.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وإنما ذكر **قوله:** وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ؛ لأن **قوله:** وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ، أي: لا شفعة بسبب الرد بخيار رؤية كان هذا تكرارًا محضًا مع لفظ القدوري في **قوله:** ثُمَّ رَدَّهَا المُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، إلى أن قال: فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ، ولفظ «الجامع الصغير» هذا محتاج إلى التفسير كما ترى، فلا بد من ذكر «الجامع الصغير» لئلا ينسب إلى ذكر اللفظين ومعناهما واحد.

لا شُفْعَةَ بِسَبَبِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلا تَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالفَتْحِ عَطْفًا عَلَى الشُّفْعَةِ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ مَحْفُوظَةٌ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ يَثْبُتُ فِي القِسْمَةِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ لِخَلَلٍ فِي الرِّضَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ لُزُومُهُ بِالرِّضَا، وَهَذَا المَعْنَى مَوْجُودٌ فِي القِسْمَةِ، وَاللهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

قوله: لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ – أي: لأن هذين الخيارين يثبتان – لِخَلَلٍ فِي الرِّضَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ لُزُومُهُ بِالرِّضَا، كما في البيع.

ثم قوله: وَلا تَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالفَتْحِ؛ لأنه لو فتح قوله: وَلا خِيَارِ رُؤْيَةٍ، عطفـًا على قوله: وَلا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ، يلزم أن لا يثبت خيار الرؤية في القسمة، وليس كذلك لما ذكر في الكتاب.

وأمَّا لا شفعة في القسمة على ما ذكر قبل هذا بقوله: وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي؛ لأن القسمة ليست بمبادلة من كل وجه، بدليل ما ذكر أنه يجري فيه الخبر، وحق الشفعة يختص بالمبادلات، وأمَّا خيار الرؤية فيثبت بالقسمة إلا أن تكون التركة مكيلًا أو موزونًا فاقتسموها، فإنه لا يثبت خيار الرؤية في هذه القسمة؛ لأنه لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج إلى القسمة مرة أخرى، فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الأولى أو مثله، فلا يفيد خيار الرؤية.

وأمَّا لو كانت التركة عقارًا أو شيئـًا أخر من ذوات القيم فقسمت بينهم بقيت فيها خيار الرؤية؛ لأنه لو رد بخيار الرؤية واقتسموا ثانيًا فربما يقع في نصيبه ما يوافقه فيفيد خيار الرؤية، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله، والله تعالى أعلم.

(بَابُ مَا يَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ)

قَالَ: (وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ بِالبَيْعِ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) لِإِعْرَاضِهِ عَنِ الطَّلَبِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الإِعْرَاضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ وَهِيَ عِنْدَ القُدْرَةِ (وَكَذَلِكَ إِنْ أَشْهَدَ فِي المَجْلِسِ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى أَحَدِ المُتَبَايِعَيْنِ وَلَا عِنْدَ العَقَارِ) وَقَدْ أَوْضَحْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ.

باب ما يبطل به الشفعة

ولا شك أن البطلان يقتضي الثبوت سابقًا إمَّا صورةً أو معنًى، فلذلك ذكر هذا الباب بعد ما ذكر ما تثبت به الشفعة.

وذكر في «الذخيرة»: وتسليم الشفعة قبل البيع لا يصح، وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة، أو لم يعلم، وعلم من أسقط إليه هذا الحق، أو لم يعلم؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط حق، ألا ترى أنه يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق، أمَّا لا يعتمد علم المسقط ولا علم المسقط إليه كالطلاق والعتاق.

قوله: وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ بِالبَيْعِ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ، فإن قلتَ: ذكر ترك الإشهاد هنا مبطلًا للشفعة، وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة: أن الإشهاد ليس بلازم وإنَّما هو ينفي التجاحد، وكذلك ذكر في «الذخيرة» وغيرها أن الإشهاد ليس بشرطٍ، وإنَّما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط، حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من إثباته لا لأنه شرط لازم، ولمَّا لم يكن الإشهاد شرطًا لازمًا على تلك الرواية لا يكون تركه مبطلًا للشفعة، فكيف وجه التوفيق بينهما؟

قَالَ: (وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ العِوَضَ)؛ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي المَحِلِّ، بَلْ هُوَ مُجَرَّدُ حَقِّ التَّمَلُّكِ فَلَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَلا يَتَعَلَّقُ إسْقَاطُهُ بِالجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ،

قلتُ: يحتمل أن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب المواثبة، ولكن لمَّا كان طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي سُمِّي هذا الطلب إشهادًا، والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل هاهنا.

قوله: وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ، إلى آخره.

اعلم أن صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه:

(١) في وجه يصح، وهو أن يصالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن.

(٢) وفي آخر لا يصح ولا تبطل شفعته، وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصَّته من الثمن؛ لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعته؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح.

(٣) وفي وجه تبطل شفعته ولا يجب المال، وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمالٍ يأخذه من المشتري، فهاهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض عن الأخذ بالشفعة ولا يجب المال؛ لأن ملك المشتري في الدار لا يتغير بهذا الصلح، بل بقي على ما كان قبل الصلح، وحق الشفعة ليس بمال ولا يؤول مالًا بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز، بخلاف القصاص فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص، وبالصلح تحدث له العصمة في دمه فيجوز أن يلزمه العوض بمقابلته، كذا ذكره في باب الصلح في الشفعة من صلح «المبسوط».

قوله: وَلا يَتَعَلَّقُ إسْقَاطُهُ بِالجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ، أي: الشرط الملائم، وهو أن يعلق إسقاط الشفعة بشرط ليس له فيه ذكر المال بأن قال الشفيع للمشتري: سلمتُك شفعة هذه الدار أو الأرض إن بعتنيها، أو وليتنيها، أو أجرتنيها، أو دفعتنيها، مزارعةً أو معاملةً، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير».

فَبِالفَاسِدِ أَوْلَى فَيَبْطُلَ الشَّرْطُ وَيَصِحَّ الإِسْقَاطُ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ شُفْعَتَهُ بِمَالٍ لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ القِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ، وَبِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ؛ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ

قوله: فَبِالفَاسِدِ أَوْلَى، وهو شرط المال فيه فإنه لا يمنع صحة التسليم، هكذا نص شمس الأئمة رحمه الله قبيل باب الشهادة من شفعة «المبسوط».

ثم المراد من شرط المال في التسليم الذي يصح التسليم به ما إذا شرط مالًا آخر سوى بعض الدار، أمَّا إذا شرط بعضًا منها لا تبطل شفعته على ما ذكرنا من «المبسوط».

وهكذا ذكره في «المغني» وقال: وإن سلم الشفعة على أن يأخذ من الدار بيتًا بعينه، أو على أن يأخذ بعضـًا غير معلوم، وفي هذا الوجه التسليم باطل والصلح باطل، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك أو يدع.

ثم قال: فرق بين هذا وبين ما إذا سلم الشفعة على مال آخر حتى لم يجب المال كان التسليم جائزًا، وهنا قال: التسليم لا يصح، والعوض المسمى لم يسلم للشفيع في المسألتين، ومعنى الفرق ظاهرٌ وهو أنه لمَّا سلم الدار على أن يأخذ مالًا آخر فقد أعرض عن أخذ الدار فتبطل شفعته، بخلاف ما إذا شرط أن يأخذ بعضـًا من الدار فإنه لم يُعرض.

قوله: فَلَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، أي: عن مجرد حق التملك؛ لأن حق التملك لا تعلق له بالمحل وإنما يظهر أثره في فعله، والاعتياض عن الفعل لا يصح فيجب رد العوض وبطل الحق في الشفعة، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَكَذَا لَوْ بَاعَ شُفْعَتَهُ بِمَالٍ - أي: تبطل شفعته - لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله:** لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرِّرٍ فِي المَحِلِّ، إلى آخره.

وذكره في «المبسوط»: وكذلك لو باع شفعة بمال، يعني: يصح التسليم؛ لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك، فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازًا كبيع الزوج زوجته من نفسها.

وذكر في «الذخيرة»: وإذا وهب الشفيع الشفعة، أو باعها من إنسان لا يكون تسليمـًا؛

عَنْ مِلْكٍ فِي المَحِلِّ، وَنَظِيرُهُ إِذَا قَالَ لِلْمُخَيَّرَةِ اخْتَارِينِي بِأَلْفٍ أَوْ قَالَ العِنِّينُ لِامْرَأَتِهِ اخْتَارِي تَرْكَ الفَسْخِ بِأَلْفٍ فَاخْتَارَتْ سَقَطَ الخِيَارُ وَلا يَثْبُتُ العِوَضُ، وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي أُخْرَى: لا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ وَلا يَجِبُ المَالُ وَقِيلَ هَذِهِ رِوَايَةٌ فِي الشُّفْعَةِ، وَقِيلَ هِيَ فِي الكَفَالَةِ خَاصَّةً وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُورَثُ عَنْهُ. قَالَ - رَضِيَ

لأن البيع لم يصادف محله أصلًا فلغا، ثم ذكر ما ذكره هذا في «المبسوط» فقال: وهو أصح، أي: ما ذكره في «المبسوط» أصح، وذكر في الباب الأول من شفعة «الجامع الكبير» للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: ولا فرق في إسقاط الشفعة بين قول الشفيع: سلمتُ الشفعة، وبين قوله للبائع: سلمتُ لك بيع هذه الدار، أو قوله للمشتري: سلمتُ لك شراء هذه الدار؛ لأن معنى هذا الكلام: لا أعترض على مقصودك في هذا العقد، وذلك لا يكون إلا بعد تسليم الشفعة، ودليل التسليم كصريحه، ولو قال لأجنبي: سلمتُ لك شراء هذه الدار لم يكن هذا تسليمًا للشفعة؛ لأن الأجنبي غير مشترٍ، ولا كان له مقصود في هذا العقد.

وقوله: سلمتُ لك شرائها يكون تمليكًا منه، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك.

قوله: وَنَظِيرُهُ إِذَا قَالَ لِلْمُخَيَّرَةِ اخْتَارِينِي بِأَلْفٍ، أي: إذا اختارته لم يثبت العوض وبطل خيارها، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ، أي: الكفالة باطلة والعوض باطل كما في الشفعة؛ لأن الاعتياض لا يصح والإسقاط صحيح، فإن صحته لا تتوقف على العوض.

قوله: وَفِي الأُخْرَى: لا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ؛ لأن الكفالة في النفس سببٌ لحصول المال، فشابهَ الحق في المال من هذا الوجه، فإذا لم يرض ببطلانه مجانًا لم يبطل، كذا في «الإيضاح».

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: مَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ بَعْدَ البَيْعِ قَبْلَ القَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ، صورته: هي أن

اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ بَعْدَ البَيْعِ قَبْلَ القَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ بَعْدَ قَضَاءِ القَاضِي قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَقَبْضِهِ فَالبَيْعُ لَازِمٌ لِوَرَثَتِهِ، وَهَذَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ؛ وَلِأَنَّهُ بِالمَوْتِ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْ دَارِهِ وَيَثْبُتُ المِلْكُ لِلْوَارِثِ بَعْدَ البَيْعِ وَقِيَامُهُ وَقْتَ البَيْعِ وَبَقَاؤُهُ لِلشَّفِيعِ إِلَى وَقْتِ القَضَاءِ شَرْطًا فَلَا يَسْتَوْجِبُ الشُّفْعَةَ بِدُونِهِ (وَإِنْ مَاتَ المُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلْ)؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ بَاقٍ

دارًا بيعت وله شفيع فطلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلَبين، ثم مات قبل الأخذ بقضاء القاضي، أو بتسليم المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك، ولو كان الشفيع ملكها بقضاء القاضي، أو بتسليم المشتري إليه ثم ماتَ يكون ميراثًا لورثته، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: وَهَذَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ، أي: لا يورث في خيار الشرط عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يورث فكذلك في الشفعة، فوجه الإلحاق به هو ما ذكره في «الإيضاح» فقال: إن الثابت للشفيع حق أن يتملك، وظهر أثر هذا الحق في أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ، والإرث لا يجري في الخيار.

وذكر في «المبسوط»: فإن عنده كما تورث الأملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال، وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث، فإن حاجة الوارث كحاجة المورث، ونحن نقول: مجرد الرأي والمشية لا يجري فيه الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه، والثابت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك، ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة يزول بموته وهو ملكه، وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط لثبوت حق الأخذ له، ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بأن باع ملكه قبل أن يأخذ الشقص المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذلك إذا زال بموته، والثابت للوارث جوارًا وشركةً حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة؛ وهذا لأن استحقاق الشفعة بسبب يبتني على صفة المالكية، ولهذا لا يثبت حق الأخذ بالشفعة لجار السُّكنى، وصفة المالكية يتجدد للوارث بانتقال ملك المورث إليه، فلا يجوز أن تستحق الشفعة بِهذا السبب، ولو كان بيع

وَلَمْ يَتَغَيَّرْ سَبَبُ حَقِّهِ، وَلا يُبَاعُ فِي دَيْنِ الْمُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ، وَلَوْ بَاعَهُ الْقَاضِي أَوْ الْوَصِيُّ أَوْ أَوْصَى الْمُشْتَرِي فِيهَا بِوَصِيَّةٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُبْطِلَهُ وَيَأْخُذَ الدَّارَ لِتَقَدُّمِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يُنْقَضُ تَصَرُّفُهُ فِي حَيَاتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يُشْفَعُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالشُّفْعَةِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) لِزَوَالِ

الدار بعد موته كان له فيها الشفعة؛ لأن الملك انتقل بالموت إلى الوارث فيثبت الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث، والمعتبر قيام السبب عند البيع لا قبله.

قوله: وَلا يُبَاعُ فِي دَيْنِ الْمُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ، أي: لا يجعل دين المشتري أو وصيته مقدمًا على حق الشفيع بل حق الشفيع مقدم عليها.

وذكر في «المبسوط»: لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري فكان مقدماً على حق من يثبت حقه من جهته أيضًا وهو الغريم والموصى له، فإن باعها القاضي، أو وصيه في دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته.

ولا يقال: سمع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع؟ لأنا نقول: إن القاضي إنما باعها إما لجهله بحق الشفيع أو بناءً على أنه لا يطلب الشفعة فإذا طلبها كان بيعه باطلًا، ولأن هذا قضاء منه بخلاف الإجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري، فلا ينفذ قضاؤه.(١)

وفي «الإيضاح»: وكذلك لو جعل المشتري الدار التي اشتراها مسجدًا أو مقبرةً أن الشفعة واجبة وينقض ما صنع؛ لأن حق الشفيع سابق على ما صنع فلا يبطل حقه بما أحدث، وقال الحسن: بطلت الشفعة؛ لأنه حين تصرف قد كان في ملكه فنفذ تصرفه، وهذا التصرف لا يلحقه الفسخ كالعتق، وقيل في جوابه: إن حق الغير يمنع صيرورته مسجدًا؛ لأن المسجد ما أخلص لله تعالى، ومع تعلق حق الغير به لا يتخلص.

(١) تمَّ تصحيح النص في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢) هكذا: للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلَأن ينقض قضاؤه أَوْلَى.

سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ بِمِلْكِهِ، وَلِهَذَا يَزُولُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَةِ كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا أَوْ إِبْرَاءً عَنِ الدَّيْنِ وَهُوَ لا يَعْلَمُ بِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ دَارِهِ بِشَرْطِ الخِيَارِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الِاتِّصَالُ.

قوله: وَلِهَذَا يَزُولُ بِهِ - أي: بالبيع - **وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَةِ كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا**، وهو لا يعلم، وقد ذكرنا أن تسليم الشفعة بعد البيع يصح سواء علم الشفيع بوجوب الشفعة - أي: بالبيع - أو لم يعلم؛ لأنه إسقاط.

وذكر في «المبسوط»: وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الإسقاط باللفظ الموضوع له.

فإن قلتَ: يشكل على هذا مسألة المساومة، فإن الشفيع إذا ساومَ الدار من المشتري، أو سأله بأن يوليه إيَّاه، أو استأجرها الشفيع من المشتري، وذلك بعد علمه بالشراء فهو تسليمٌ للشفعة، فإن هذه المعانِي دليل الإعراض عن الأخذ بالشفعة، فإن المساومة طلب تمليك بعقد جديد وكذا غيرها فكان إعراضًا عن الأخذ بالشفعة، كذا في «الإيضاح».

ثم بيع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة يبطل شفعته، وكذا التسليم الصريح، وكذا المساومة وأمثالها مبطلة للشفعة على ما ذكرنا، ثم اشترط العلم في المساومة بشراء المشتري في إبطال حق الشفعة، ولم يشترط في التسليم الصريح، وفي بيع الشفيع ما يشفع به، فمن أين وقعت المفارقة بينهما في اشتراط العلم وعدم اشتراطه مع استوائهما في الإبطال؟

قلتُ: قال في «المبسوط»: وإنما اشترط العلم في المساومة بأنه اشتراه؛ لأن المساومة غير موضوعة لإبطال الشفعة، وإنما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضاء من الشفيع، ولا يتحقق ذلك إذا لم يعلم الشفيع به، بخلاف التسليم فإنه تصريح بإسقاط حقه، وفي الإسقاط لا يشترط العلم كما في الطلاق، وكذلك في بيع الشفيع ما يشفع به؛ لأن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة له، وإذا باع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة له لم يبق شرط القضاء فلا يثبت المشروط.

قوله: أَوْ إِبْرَاءً عَنِ الدَّيْنِ وَهُوَ لا يَعْلَمُ بِهِ، يعني: إبراء رب الدين المديون وهو لا يعلم

قَالَ: (وَوَكِيلُ البَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَوَكِيلُ المُشْتَرِي إِذَا ابْتَاعَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) وَالأَصْلُ أَنَّ مَنْ بَاعَ أَوْ بِيعَ لا شُفْعَةَ لَهُ، وَمَنِ اشْتَرَى أَوْ أُبْتِيعَ لَهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ؛

بأن له عليه دينًا يصح الإبراء، ولا يشترط العلم بحصول الإبراء.

قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ مَنْ بَاعَ - بأن كان وكيلًا للمالك بالبيع - أَوْ بِيعَ له، وهو الموكل في البيع إذا كان شفيعــًا، بأن كانت له دار أخرى بجنب دارها المباعة بالوكيل فباعها الوكيل لأجله لا شفعة للموكل.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى - بأن صار وكيلًا لغيره بالشراء - أَوْ أُبْتِيعَ لَهُ، وهو الموكل بالشراء، بيان هذه المسائل فيما ذكره في «شرح الطحاوي» فقال:

بيانه هو أن صاحب الدار وكل شفيع الدار بالبيع فباعها فلا شفعة له؛ لأنه هو الذي باع، ولو أن مضاربــًا لرجل باع دارًا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له؛ لأنه بيع له وإن كان لا يملك نَهيه عن البيع، ولو أن المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها فله الشفعة، ألا ترى أنه لو اشترى دارًا لنفسه وهو شفيعها كان له الشفعة، حتى أنه لو جاء شفيع مثله أخذ نصف الدار منه، ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له، وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة دارًا ورب المال شفيعها فإن له أن يأخذها بالشفعة؛ لأنه اشترى له.

وذكر في «المبسوط» في باب الشهادة في الشفعة بأظهر من هذا كله في أن المشتري لنفسه يصلح شفيعًا، فقال: الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة؛ لأن شراؤه لغيره كشرائه لنفسه وشراؤه لنفسه لا يكون إبطالًا للشفعة، حتى أن أحد الشفعاء إذا اشترى فهو على شفعته فيما يظهر ذلك عند مزاحمته للآخرين، وكذلك شراؤه لغيره؛ وهذا لأن الشفعة إنما تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا بإظهار الرغبة فيها، والشراء إظهار الرغبة في المشترى فلا يكون إبطالًا للشفعة، وأمَّا البيع فإظهار الرغبة عنه فيكون إبطالًا للشفعة؛ ولأن البائع يلتزم العهدة بالبيع، فلو أخذ بالشفعة لكان مبطلًا به ما التزمه بالعهدة، والمشتري يلتزم الثمن بالشراء وهو بالأخذ بالشفعة يقرر ما التزمه بالشراء.

لِأَنَّ الأَوَّلَ بِأَخْذِ المَشْفُوعَةِ يَسْعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ البَيْعُ، وَالمُشْتَرِي لا يُنْقَضُ شِرَاؤُهُ بِالأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّهُ مِثْلُ الشِّرَاءِ (وَكَذَلِكَ لَوْ ضَمِنَ الدَّرْكَ عَنِ البَائِعِ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلا شُفْعَةَ لَهُ) وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيْرِهِ فَأَمْضَى المَشْرُوطُ لَهُ الخِيَارُ البَيْعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ تَمَّ بِإِمْضَائِهِ، بِخِلَافِ جَانِبِ المَشْرُوطِ لَهُ الخِيَارُ مِنْ جَانِبِ المُشْتَرِي.

قَالَ: (وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ، أَوْ

قوله: لِأَنَّ الأَوَّلَ - وهو وكيل البائع - بِأَخْذِ المَشْفُوعَةِ يَسْعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ البَيْعُ؛ لأنه لو طلب الشفعة بعد أن تمَّ البيع به كان ساعيًا في نقض ما تمَّ به وذلك لا يجوز؛ ولأن البيع تمليك المبيع من الغير والأخذ بالشفعة تملك، فلو ثبت أخذ الشفعة يصير مملكـًا ومتملكـًا لعين واحد في حالة واحدة وذلك لا يجوز؛ لأن بينهما تنافيًا.

الدَّرْك: التبِعة، يُسكن ويُحرّك، أراد به هاهنا تبعة الاستحقاق، يعني: أن المشتري لو شرط على أن يضمن الشفيع الدرك فضمن لم يكن له شفعة؛ لأن تمام البيع كان بضمانه فإن المشتري ما رضي ببيعه إلا بضمانه فلا يتم البيع إلا بأن يضمن هو الدرك، ومن تمَّ البيع به لم يكن له أن يأخذ بالشفعة لمعنًى، وهو أن البيع مزيل للملك فإقدامه على ما يوجب تمام البيع يدل على اختياره زوال الملك، وذلك منه رغبة عن الأخذ، لا فيه، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ أَنَّهَا بِيعَتْ، إلى آخره، وفي «المبسوط»: ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعة، فإن كان أكثر من ألف فتسليمه صحيحٌ، وإن كان أقل من ألف فله الشفعة عندنا، وقال ابن ابي ليلى: لا شفعة له في الوجهين؛ لأنه أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشتري، فلا يكون له أن يأبى ذلك بعد الرضاء به.

ولكنا نقول: إنما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن ألف درهم؛ لأنه بنى تسليمه على ما أخبر

بِحِنْطَةٍ، أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ وَلَهُ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ

به، والخطاب السابق كالمعاد فيما يبتنى عليه من الجواب فكأنه قال: سلمتُ إن كان الثمن ألفًا، وإنما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن؛ أو لأنه لم يكن متمكنـًا من تحصيل الألف، ولا يزول هذا المعنى إذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد، فأمَّا إذا كان الثمن أقل من الألف فقد انعدم المعنى الذي لأجله كان رضي بالتسليم فيكون على حقه.

ولو أخبر أن الثمن شيء ممَّا يكال أو يوزن فسلم الشفعة، فإذا الثمن من صنف آخر أقل ممَّا سُمّي له أو أكثر فهو على شفعته؛ لأن الإنسان قد يتيسر عليه تحصيل جنس دون جنس، فكان هذا التقييد مفيدًا في حقه، فكأنه قال: سلمتُ إن كان الثمن كذا من شعير، فإذا ظهر أن الثمن كُرّ من حنطة فهو على حقه.

وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب أو جارية ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو على شفعته؛ لأن فيما له مثلًا من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشتري، وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم، وقد يتيسر عليه تحصيل الجنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم، فكان هذا التقييد مفيدًا في حقه.

وفي «الإيضاح»: ولو أخبر أنَّها بيعت بألف ثم تبيَّن أنَّها بيعت بمكيل أو موزون أو معدود غير متفاوتٍ فالشفعة قائمة؛ لأن الواجب تسليم مثل ما وقع به العقد، وقد يتعذر عليه ذلك وقد يتيسر فاختلف الغرض، فبهذا كله تعرف قيود ما ذكر في لفظ الكتاب، فإنه قال: ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، فتقييده بقوله: قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، غير مفيد فإنه لو كانت قيمتها أقل ممَّا اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلًا أيضـًا؛ لأن إطلاق ما ذكره في «المبسوط»، و«الإيضاح» دليل عليه حيث قال في «المبسوط»:

وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو على شفعته، ولم يتعرض أن قيمة المكيل والموزون أقل من قيمة الذي اشتراها به أو أكثر، وكذلك تعليله دال عليه.

وكذلك ما ذكره في «الإيضاح» من الإطلاق والتعليل دال عليه، وهكذا أيضًا استدل

لِاسْتِكْثَارِ الثَّمَنِ فِي الْأَوَّلِ وَلِتَعَذُّرِ الْجِنْسِ الَّذِي بَلَغَهُ وَتَيَسُّرِ مَا بِيعَ بِهِ فِي الثَّانِي إِذِ الْجِنْسُ مُخْتَلِفٌ، وَكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ عَدَدِيٌّ مُتَقَارِبٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرَضٍ، قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِيمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ أَكْثَرَ.

في «الذخيرة» بما ذكر في «المبسوط» وقال: فلو أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم، ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو على شفعته، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، ثم قال: فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال.

ثم قوله: **ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ ... فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ**، يدل على أنه لو علم أنَّها بيعت بأكثر من الألف كان تسليمه صحيحًا، كما لو علم أنَّها بيعت بألف كما أخبر كان تسليمه صحيحًا؛ لأن الرضا بالتسليم بألف يكون رضا بالتسليم بأكثر من الألف، كذا ذكره في «الذخيرة».

قوله: **بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرَضٍ، قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ**، أي: تسليمه ليس بباطل، يعني: إذا بلغ الشفيع أنَّها بيعت بألف درهم فسلم الشفعة، ثم علم أنَّها بيعت بعبد قيمته ألف أو أكثر كان تسليمه صحيحًا، فكان هذا بمنزلة من أخبر أنَّها بيعت بألف فسلم ثم علم أنَّها كانت كذلك بيعت بألف أو أكثر كان تسليمه صحيحًا على ما ذكرنا، فكذا هنا، هذا الذي ذكره هو اختيار شيخ الإسلام رحمه الله حيث قال في «الذخيرة»:

ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم، بأن أخبر أن الثمن دار فإذا الثمن عبد، فجواب محمد رحمه الله أنه على شفعته من غير فصل، قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا الجواب صحيحٌ فيما إذا كان قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر، وغير صحيح فيما إذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما أخبر؛ لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع إنما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم أو دنانير، فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم

وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ الشُّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَلَنَا أَنَّ الجِنْسَ مُتَّحِدٌ فِي حَقِّ الثَّمَنِيَّةِ.

أو مائة دينار فسلم، ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر أو أكثر، وهناك كان التسليم صحيحًا ولا شفعة له، ولو ظهر أنه أقل ممَّا أخبر كان على شفعته، كذا هاهنا.

ولو كان على العكس بأن أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف، أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي من ذوات القيم، ثم ظهر أن الثمن دراهم أو دنانير، فجواب محمد رحمه الله أنه على شفعته من غير فصل، بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر، أمَّا إذا كان مثل قيمة ما أخبر أو أكثر فلا شفعة له، ومنهم من قال: هذا الجواب صحيحٌ على الإطلاق، بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبونًا في ذلك؛ لأن تقويم الشيء بالظن يكون وإنما سلم حتى لا يصير مغبونـًا، وهذا المعنى ينعدم إذا كان الثمن دراهم.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ الشُّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ، ولهذا حل التفاضل بينهما، وكأنه قال: سلمتُ إن كان الثمن ألف درهم، فإذا تبين أن الثمن دنانير فهو على شفعته كما في المكيلات والموزونات.

ولكنا نقول: الدراهم والدنانير جنسان صورةً، ولكنهما جنس واحد في المعنى والمقصود وهو المالية والثمنية، ومبادلة أحد النقدين بالاخر يتيسر في العادة، ولا يتقيد رضاه بالصورة وإنما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحًا، هكذا ذكر الاختلاف في «المبسوط»، و«الإيضاح».

وذكر الاختلاف في «الأسرار» بين علمائنا الثلاثة وقال: إذا قيل للشفيع: الشراء بألف درهم فسلم فإذا هو بدنانير تساوي ألفًا، كان له أن يطلب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: بطلت شفعته استحسانًا؛ لأنَّهما جنس واحد في حق التجارات وضمانها، وجه القياس أن الإنسان قد يتيسر عليه الشراء بأحدهما دون الآخر، فالرضاء بأحدهما لا يدل على الرضاء بالآخر وإن كان الجنس واحدًا، فإنه لو رضي بدراهم جياد فإذا هي غلة كان له الطلب.

قَالَ: (وَإِذَا قِيلَ لَهُ إِنَّ الْمُشْتَرِيَ فُلَانٌ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِتَفَاوُتِ الْجِوَارِ (وَلَوْ عَلِمَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ هُوَ مَعَ غَيْرِهِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ غَيْرِهِ)؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّهِ (وَلَوْ بَلَغَهُ شِرَاءُ النِّصْفِ فَسَلَّمَ ثُمَّ ظَهَرَ شِرَاءُ الْجَمِيعِ فَلَهُ

وهكذا أيضًا ذكر في «الذخيرة» حيث جعل قول أبي حنيفة مثل قول زفر، وجعل قول أبي يوسف رحمهم الله مثل قولنا المذكور في الكتاب، ثم قال: وجه قول أبي يوسف رحمه الله: الدراهم والدنانير اعتبرت أجناسًا واحدةً في أكثر الإيجابات حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر، والمكره على البيع بالدراهم مكره على البيع بالدنانير، وإذا باع شيئًا بالدراهم ثم اشترى بأقل ممَّا باع بالدنانير لا يجوز، كما لو اشترى بالدراهم ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون وحقه في الدراهم فله أن يأخذ، ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل نهي رب المال فيه كما لو صار دراهم، وإنما اعتبرا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا، وفي حق الإجارة حتى إذا استأجره بعشرة ثم أجره بدينار طابَ له، وإن كانت قيمة الدينار أكثر من عشرة دراهم كما لو أجره وقد استأجره بحنطة، فترجح ما يوجب المجانسة بحكم الكثرة إلحاقًا بالأعم الأغلب، فكان التسليم بالدراهم تسليمًا بالدنانير إذا كانت قيمة الدنانير مثل الدراهم أو أكثر.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الدراهم والدنانير اعتبرا جنسين مختلفين في الأخبار، حتى أن الإكراه على الإقرار بالدراهم لا يكون إكراهًا على الإقرار بالدنانير، وفي بعض الإيجابات اعتبرا جنسًا واحدًا، وفي مسألتنا: إخبار وإيجاب؛ لأن تسليم الشفعة إن كان إيجابًا إلا أن التسليم بناء على الإخبار؛ لأنه أخبر أن الثمن كذا، فإذا في أحد النوعين وهو الإخبار اعتبرا جنسين مختلفين، وفي النوع الآخر وهو الإيجاب اعتبرا جنسين غير مختلفين في حق بعض الأحكام، فترجح ما يوجب اختلاف الجنس فصار كالحنطة مع الشعير.

قوله: ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ؛ لِتَفَاوُتِ الْجِوَارِ، وحق الشفعة ما ثبت إلا لهذا، فالرضاء بجواز أحدهما لا يكون رضاءً بجواز الآخر.

قوله: لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَلَا شَرِكَةَ؛ لأنه إذا سلم في النصف فقد احترز عن ضرر

الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَلا شَرِكَةَ، وَفِي عَكْسِهِ لا شُفْعَةَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِي الكُلِّ تَسْلِيمٌ فِي أَبْعَاضِهِ.

الشركة، فإذا تبين أنه لا شركة بقي حقه، كذا في «الإيضاح».

والأولى في التعليل هنا ما علل به في «المبسوط» وقال: لأنه إذا سلم في النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف، فلا يكون إسقاطه إسقاطًا للكل.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ لا شُفْعَةَ، وهو أنه لو أخبر ببيع الكل فسلم ثم علم أنه إنما اشترى النصف فلا شفعة له؛ لأن من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذي هو حقه، نوضح الفرق أن الانتقاض لا يُرغب فيها كما يُرغب في الحمل، وإنما سلم حين أخبر بشراء النصف؛ لأنه يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه إذا تبين أنه لم يكن معيّنًا، وأمّا إذا سلم ولم يرغب في الأخذ بدون عيب الشركة، فأوْلَى أن لا يكون راغبًا فيه مع عيب الشركة.

وقوله: فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احتراز عن عكس هذا الجواب، وهو ما ذكره الثمر ابن جدار عن أبي يوسف رحمهما الله على ضد هذا، قال: إذا أخبر بشراء النصف فسلم ثم علم أنه يشترى الجميع فلا شفعة له، وإذا أخبر بشراء الجميع فسلم ثم علم أنه اشترى النصف فله الشفعة؛ لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع، وقد تكون حاجته إلى النصف ليتم به موافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع، كذا ذكره في الباب الأول من شفعة «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: ولو أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر أنه اشترى النصف فلا شفعة، قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، فأمّا إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة تكون على شفعته، والله تعالى أعلم بالصواب.

(فَصْلٌ)

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ دَارًا إِلَّا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ مِنْهَا فِي طُولِ الحَدِّ الَّذِي يَلِي الشَّفِيعَ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ) لِانْقِطَاعِ الجِوَارِ، وَهَذِهِ حِيلَةٌ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ مِنْهُ هَذَا المِقْدَارَ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا ابْتَاعَ مِنْهَا سَهْمًا بِثَمَنٍ ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا فَالشُّفْعَةُ لِلْجَارِ فِي السَّهْمِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي)؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ جَارٌ فِيهِمَا، إِلَّا أَنَّ المُشْتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكٌ فَيَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا مَثَلًا وَالبَاقِي بِالبَاقِي،

فصلٌ

لمَّا كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل؛ لأنه يحتمل أن يكون الجار فاسقًا يتأذى به، وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار، فاحتيج إلى بيانه.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِانْقِطَاعِ الجِوَارِ.

قوله: إِلَّا أَنَّ المُشْتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكٌ فَيَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ؛ لأن استحقاق الشفيع النصف الأول لا تبطل الشفعة في النصف الثاني؛ لأنه انتقل إليه بالشراء، ولو كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول فالجار أحق بالنصف الثاني؛ لأن ملك المشتري الأول قد بطل قبل الأخذ بالشفعة فبطل حقه في الشفعة، كذا في «الإيضاح».

قوله: فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا، هذه حيلة ترجع إلى تعليل رغبة

وَإِنِ ابْتَاعَهَا بِثَمَنٍ ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا عِوَضًا عَنْهُ فَالشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوْبِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ آخَرُ، وَالثَّمَنُ هُوَ العِوَضُ عَنِ الدَّارِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذِهِ حِيلَةٌ أُخْرَى تَعُمُّ الجِوَارَ وَالشَّرِكَةَ فَيُبَاعَ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَيُعْطَى بِهَا ثَوْبٌ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوِ اسْتَحَقَّتِ المَشْفُوعَةُ،

الشفيع في طلب الشفعة، والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة.

تفسير هذه المسألة هو أن يبيع عشر الدار وهو السهم من المشتري بتسعة أعشار الثمن، ثم بيع تسعة أعشار الدار بعشر الثمن فلا يرغب الشفيع في أخذ العشر لكثرة الثمن، ولا حق له في الباقي؛ لأن المشتري شريك وقت شراء الباقي، فلو أن المشتري في هذه الصورة خاف أنه إن اشترى العشر بتسعة أعشار الثمن لا يبيع البائع الباقي بعشر من الثمن، فالحيلة في ذلك للمشتري أن يشتري العشر على خيار ثلاثة أيام، حتى أن البائع إن أبى بيع الباقي فالمشتري ينقض البيع في العشر بحكم الخيار.

فلو أن البائع خاف في هذه الصورة أنه إن باع الباقي بعشر الثمن يفسخ المشتري البيع في العشر الأول بحكم الخيار، فالحيلة للبائع أن يبيع الباقي بشرط الخيار لنفسه بثلاثة أيام ثم يجيزان البيعين معًا، فإن خاف كل واحدٍ منهما أنه إن أجاز لم يُجز صاحبه، فالحيلة في ذلك أن يوكل كل واحد منهما وكيلًا بإجازة البيع، ويشترط على الوكيل أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه، ولا يجيز إن لم يجز صاحبه.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَهَذِهِ حِيلَةٌ أُخْرَى تَعُمُّ الجِوَارَ وَالشَّرِكَةَ، أي: وهذه المسألة حيلة أخرى إشارة إلى قوله: وَإِنِ ابْتَاعَهَا بِثَمَنٍ ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا عِوَضًا عَنْهُ، فإن هذه حيلة تصلح حيلة فيما إذا كان الشفيع جارًا أو شريكًا، بخلاف المسألة الأولى وهي قوله: وَإِذَا ابْتَاعَ مِنْهَا سَهْمًا بِثَمَنٍ ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا، فإن تلك المسألة تصلح حيلة في حق دفع الشفيع إذا كان جارًا، ولا تصلح حيلة فيما إذا كان الشفيع نفسه شريكًا.

وقوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا اسْتَحَقَّتِ المَشْفُوعَةُ، إلى آخره، استثناء عن قوله: وَهَذِهِ أُخْرَى تَعُمُّ

يَبْقَى كُلُّ الثَّمَنِ عَلَى مُشْتَرِي الثَّوْبِ لِقِيَامِ البَيْعِ الثَّانِي فَيَتَضَرَّرَ بِهِ، وَالأَوْجَهُ أَنْ يُبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ الثَّمَنُ دِينَارٌ، حَتَّى إِذَا اسْتَحَقَّ المَشْفُوعُ يَبْطُلُ الصَّرْفُ فَيَجِبَ رَدُّ الدِّينَارُ لا غَيْرُ.

قَالَ: (وَلا تُكْرَهُ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَتُكْرَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ)؛

الجِوَارَ وَالشَّرِكَةَ، يعني: هذه حيلة تعم الجوار والشركة إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار.

قوله: يَبْقَى كُلُّ الثَّمَنِ عَلَى مُشْتَرِي الثَّوْبِ، وهو بائع الدار.

قوله: فَيَتَضَرَّرَ بِهِ، أي: فيتضرر مشتري الثوب الذي هو بائع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار.

قوله: وَالأَوْجَهُ أَنْ يُبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ الثَّمَنُ دِينَارٌ، حتى لا يتضرر بائع الدار.

وبيان ذلك ما ذكره في شفعة «فتاوى قاضي خان» فقال: ومن الحيلة أنه إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفًا، ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة، ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر، فلو أراد الشفيع أن يأخذها فأخذها بعشرين ألفًا فلا يرغب بالشفعة، ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفًا، وإنما يرجع بما أعطاه؛ لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف، كما لو باع الدنانير بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف.

قوله: وَلا تُكْرَهُ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، اعلم أن الحيل في هذا الباب على نوعين:

(١) نوع لإسقاطها بعد الوجوب، وذلك أن يقول المشتري للشفيع: أنا أبيعها منك بما أخذتَ فلا فائدة لك في الأخذ بالشفعة، فيقول الشفيع: نعم، أو يقول المشتري للشفيع: اشتره

لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَلَوْ أَبَحْنَا الحِيلَةَ مَا دَفَعْنَاهُ.

مني بما أخذتُ، فيقول الشفيع: نعم، أو يقول: اشتريتُ، فيبطل به حق شفعته، وإنه مكروه بالإجماع، هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله.

(٢) ونوع يمنع وجوبه، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: على قول أبي يوسف رحمه الله لا يكره، وعلى قول محمد رحمه الله يكره، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة، ومنهم من قال: في الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة.

ثم بعض الحيل يرجع إلى منع وجوب الشفعة، وبعضها يرجع إلى تعليل الرغبة في الشفعة، أمَّا التي يرجع إلى منع وجوب الشفعة أن يهب البائع بيتًا معلومًا من الدار بطريقه، أو موضع آخر معلومًا من الدار بطريقه فتجوز الهبة؛ لأن ما وهب مقدر معين، والطريق وإن كان مشاعًا إلا أنه لا يحتمل القسمة، وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة فيصير شريكًا في الطريق، ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل فيصير أَوْلَى من الجار، إلا أن هذه الحيلة تصلح لدفع الجار ولا تصلح لدفع الشريك في الدار.

ومن الحيلة أيضًا: أن يستأجر صاحب الدار من المشتري ثوبًا ليلبسه يومًا إلى الليل بجزء من مائة جزء من داره التي يريد بيعها، ثم يصبر حتى يمضي اليوم، أو يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للحال، ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار الشفعة لا في الجزء الأول؛ لأنه ملك بعقد الإجارة، ولا في الجزء الباقي؛ لأن المشتري شريك في الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار.

ومنها: أن يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك، أو يضمن الثمن للبائع، فإذا ضمن بطلت شفعته، وكذلك أن يبيعها بشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام فلا شفعة له قبل إسقاط الخيار، وإذا أسقط الخيار بطلت شفعته.

وهذه الوجوه تعم الجار والشريك، وأمَّا التي يرجع إلى تعليل الرغبة فهي مثل ما ذكرنا من بيع عشر الدار من المشتري بتسعة أعشار الثمن.

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَنَعَ عَنْ إِثْبَاتِ الحَقِّ فَلَا يُعَدُّ ضَرَرًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ.

ومنها: أن يبيع البناء من الدار من المشتري ليقلعه بثمن قليل، ويبيع الساحة بثمن كثير، فلا يجب للشفيع الشفعة في البناء؛ لأنه نقليٌّ، ولا يرغب في الساحة لكثرة الثمن، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في باب الشفعة بالعروض من «المبسوط» بعد ما ذكر وجوب الحيل فقال: وللاشتغال بهذه الحيل لإبطال حق الشفعة لا بأس به، وأمَّا قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه، وكذلك بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار به، وإنما قصده الدفع عن ملك نفسه.

ثم قال: وقيل: هذا قول أبي يوسف رحمه الله، وأمَّا عند محمد رحمه الله فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لإسقاط الاستبراء، وللمنع من وجوب الزكاة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ)

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى خَمْسَةُ نَفَرٍ دَارًا مِنْ رَجُلٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا رَجُلٌ مِنْ خَمْسَةٍ أَخَذَهَا كُلَّهَا أَوْ تَرَكَهَا) وَالفَرْقُ أَنَّ فِي الوَجْهِ الثَّانِي بِأَخْذِ البَعْضِ تَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ عَلَى المُشْتَرِي فَيَتَضَرَّرَ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ، وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ يَقُومُ الشَّفِيعُ مَقَامَ أَحَدِهِمْ فَلَا تَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ

مسائل متفرقة

أخَّر المسائل المتفرقة كما هو دأب المصنفين.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى خَمْسَةُ نَفَرٍ دَارًا مِنْ رَجُلٍ، إلى آخره، ولم يذكر محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» من مسائل الشفعة إلا مسألة واحدة وهي هذه.

قوله: فَيَتَضَرَّرَ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ، أي: فيتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه وهو ضرر تشقيص ملكه عليه، والشركة عيبٌ فيتضرر به المشتري فالشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا سوى أخذ الدار منه.

وأمّا في الوجه الأول فقد وقعت الصفقة متفرقة على كل واحد منهم، فإذا أخذ نصيب أحدهم فقد تملك عليه جميع ما اشترى، فلا يتضرر به المشتري ضرر التشقيص حتى لو كان ذلك قبل نَقْد الثمن، وأراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم بحصتها من الثمن لا يملك ذلك؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا، أي: في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشترين.

قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، إِلَّا أَنَّ قَبْلَ القَبْضِ لا يُمْكِنُهُ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِذَا نَقَدَ مَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَنْقُدِ الآخَرُ حِصَّتَهُ كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْرِيقِ اليَدِ عَلَى البَائِعِ بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ المُشْتَرِيَيْنِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَبْضِ لِأَنَّهُ سَقَطَتْ يَدُ البَائِعِ، وَسَوَاءٌ سَمَّى لِكُلِّ بَعْضٍ ثَمَنًا أَوْ كَانَ الثَّمَنُ جُمْلَةً؛ لِأَنَّ العِبْرَةَ فِي هَذَا لِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ لا لِلثَّمَنِ،

قوله: قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ - أي: قبل قبض المشتري الدار وبعده - هُوَ الصَّحِيحُ، وهذا احتراز عما رواه القدوري رحمه الله فقال: ورُوي عنهم أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض؛ لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة، وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض؛ لأن التملك حينئذٍ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ المُشْتَرِيَيْنِ، يعني: أن أحد المشترين إذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن، وكذلك الشفيع إذا أخذ نصيب أحد المشترين فليس له أن يأخذ نصيبه إذا نقد ما عليه من الثمن بحصته، حتى يؤدي المشترون كلهم ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع؛ لأن العبرة في هذا لتفرُّق الصفقة لا للثمن، حتى أن الصفقة إذا تفرقت من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا والبائع اثنين يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين، هكذا ذكره في «الذخيرة» فقال:

ولو كان البائع اثنين واشترى المشتري نصيبَ كل واحد منهما بصفقةٍ على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن كان يلحق المشتري ضررُ عيب الشركة؛ لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة، ثم هاهنا لا بدَّ من بيان تفرق الصفقة واتحادها.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله محالًا إلى «الجامع» فقال: إذا اتحد العاقد والعقد والثمن تتحد الصفقة، وكذلك لو تعدد العاقد بأن كان للبائع أو المشتري اثنين بأن قال

وَهَاهُنَا تَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

للمشترين: بعتُ منكما، أو قالا: بعنا منك؛ لأن ما يوجبُ الاتحاد راجحٌ وهو العقد والثمن، وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد بأن قال: بعتُ هذا بكذا، أو قال المشتري ذلك، وإن تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة، وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد بأن قال: بعتُك هذا بكذا، أو بعتُك هذا بكذا تتفرق الصفقة، وإن اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن ففي بعض المواضع تتفرق الصفقة لرجحان جنبة التفرق، وفي بعضها لا، قيل: الأول قياسٌ وهو قولهما، والثاني استحسان وهو قول أبي حنيفة رحمهم الله.

قوله: وَهَاهُنَا تَفْرِيعَاتٌ، ومن التفريعات هي ما ذكره في «الذخيرة» في هذه المسألة بقوله: يجب أن يعلم أن الروايات اتفقت عن أصحابنا أن المشتري إذا كان واحدًا والبائع واحدًا وقد اشترى الدار بصفقة واحدة، أنه ليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض دفعًا للضرر عن المشتري، يعني به ضرر عيب الشركة.

ثم ذكر مسألة «الجامع الصغير»، وهي التي ذكرنا ها أن المشترين إذا كانوا جماعة يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، بخلاف ما إذا كان البائع جماعة حيث لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، ثم قال: قال القدوري رحمه الله: وقد رُوي عنهم بخلاف هذا أن البائع إذا كان اثنين فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما قبل القبض؛ لأن قبل القبض التملك يقع على البائع وقد أخذ جميع ما خرج عن ملكه، وبعد القبض التملك يقع على المشتري فيلحقه ضرر عيب الشركة في الباقي، ولو كان الشراء بوكالة فوكل رجل رجلين فاشتريا كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين، وإن كان الموكل رجلين والوكيل رجلًا واحدًا لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الوكيلين.

والحاصل أن على ظاهر الرواية ينظر في مثل هذه المسائل إلى المشتري، فإن كان المشتري واحدًا اشترى الدار لنفسه أو لجماعة بتوكيلهم إيَّاه، والبائع واحد وقد اشترى بصفقة واحدة أو متفرقة فليس للشفيع إلا أن يأخذ الكل أو يدع الكل، ولو كان المشتري

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى نِصْفَ دَارٍ غَيْرَ مَقْسُومٍ فَقَاسَمَهُ البَائِعُ أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدَعُ)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْمِيلِ الِانْتِفَاعِ وَلِهَذَا يَتِمُّ القَبْضُ بِالقِسْمَةِ فِي الهِبَةِ، وَالشَّفِيعُ لا يَنْقُضُ القَبْضَ وَإِنْ كَانَ لَهُ نَفْعٌ فِيهِ بِعَوْدِ العُهْدَةِ عَلَى البَائِعِ، فَكَذَا لا يُنْقَضُ مَا هُوَ مِنْ تَمَامِهِ،

جماعة اشتروا لأنفسهم، أو لواحد بتوكيله إياهم بصفقة واحدة أو متفرقة فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم.

قوله: أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدَعُ، أي: ليس له أن ينقض القسمة، يعني: ليس للشفيع أن يقول للمشتري: ادفع إلى البائع حتى آخذ منه؛ لأن القسمة في غير المكيل والموزون إفراز وقبض لعين الحق من وجه، ومبادلة من وجه، والشفيع يملك نقض المبادلة التي يحدثها المشتري، ولا يملك نقض القبض، ولهذا ليس له أن ينقض قبض المشتري ليعيد العهدة على البائع؛ لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع، وكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهة البيع، فلمَّا كانت القسمة مبادلة من وجه قبضًا من وجه، فمن حيث أنَّها قبض لا يملك الشفيع نقضها، ومن حيث أنَّها مبادلة يملك فلا يملك نقضها بالشك، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

وذكر في «الذخيرة»: يجب أن يعلم أن تصرف المشتري في الدار المشفوعة صحيح إلى أن يحكم بالشفعة للشفيع، وله أن يبيع، وله أن يؤاجر ويطيب له الثمن والأجرة، وكذا له أن يهدم، وما أشبه ذلك من التصرفات؛ لأن نفاذ التصرف وإطلاقه يعتمد الملك، وإنه ثابت للمشتري، والثابتُ للشفيع حق الأخذ فقبل الأخذ لا حق له في المحل أصلًا، فلهذا تجوز تصرفاته ويطلق فيها، غير أن للشفيع أن ينقض كل تصرفه إلا القبض، وما كان من تمام القبض، ألا ترى أن الشفيع لو أرد أن ينقض قبض المشتري ليعيد الدار إلى يد البائع ويأخذها منه لا يكون له ذلك، وكذلك لا يملك نقض قسمة المشتري، حتى أن من اشترى نصف دار غير مقسوم وقاسمه المشتري البائع ثم حضر الشفيع ليس له أن ينقض قسمته، سواء كانت القسمة بحكم أو بغير حكم؛ لأن القسمة من تمام القبض لما عرف أن قبض المشاع فيما

بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِيَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّفِيعِ نَقْضُهُ؛ لِأَنَّ العَقْدَ مَا وَقَعَ مَعَ الَّذِي قَاسَمَ فَلَمْ تَكُنِ القِسْمَةُ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ العَقْدِ بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ المِلْكِ فَيَنْقُضَهُ الشَّفِيعُ كَمَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهِبَتَهُ، ثُمَّ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لا يَمْلِكُ إِبْطَالَ حَقِّهِ بِالقِسْمَةِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ إِذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا لِأَنَّهُ لا يَبْقَى جَارًا فِيمَا يَقَعُ فِي الجَانِبِ الآخَرِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ عَبْدٌ مَأْذُونٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ العَبْدُ هُوَ البَائِعُ فَلِمَوْلَاهُ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ بِالثَّمَنِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الشِّرَاءِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ مُفِيدٌ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِلْغُرَمَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ

يحتمل القسمة قبض ناقض.

قوله: وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِيَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ، وقوله: المُشْتَرِيَ، في محل الرفع بالفاعلية، وقوله: الَّذِي لَمْ يَبِعْ، في محل النصب بالمفعولية، أي: وقاسم المشتري الدار مع شريك البائع الذي لم يبع كان للشفيع نقضه؛ لأن هذه القسمة لم تجر بين العاقدين، فلا يمكن جعلها قبضًا بحكم العقد فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة.

قوله: ثُمَّ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ، وهو قوله: أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ إِذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا، هذا هكذا ذكره القدوري في «شرحه»؛ لأنه إذا وقع في غير جانبها وليس له نقض القسمة

يَبِيعُهُ لِمَوْلاهُ، وَلا شُفْعَةَ لِمَنْ يَبِيعُ لَهُ.

قَالَ: (وَتَسْلِيمُ الأَبِ وَالوَصِيِّ الشُّفْعَةَ عَلَى الصَّغِيرِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رَحِمَهُمَا اللهُ: هُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ إِذَا بَلَغَ) قَالُوا: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا بَلَغَهُمَا شِرَاءُ دَارٍ بِجِوَارِ دَارِ الصَّبِيِّ فَلَمْ يَطْلُبَا الشُّفْعَةَ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ تَسْلِيمُ الوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الوِكَالَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

لا يكون جارًا فلا يستحق الشفعة.

قوله: وَتَسْلِيمُ الأَبِ وَالوَصِيِّ الشُّفْعَةَ عَلَى الصَّغِيرِ جَائِزٌ، وقد ذكرنا أن الصغير والكبير والحبل في استحقاق الشفعة سواءٌ؛ لأنَّهم في سبب استحقاق الشفعة سواء، والحبل يرث فتثبت له الشركة، ثم إذا وجبت الشفعة للصغير فالذي يقوم بالطلب والأخذ من قام مقامه شرعـًا في استحقاق حقوقه وهو أبوه، وحتى أبيه، ثم جده أبُ أبيه، ثم وصي الجد، ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد من هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك، وإذا كان له أحد من هؤلاء فترك طلبَ الشفعة مع الإمكان بطلت الشفعة، حتى لو بلغ الصغير لا يكون له حق الأخذ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا تبطل، وعلى هذا الخلاف تسليم الشفعة إذا سلم الأب أو الوصي ومن بمعناهما، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ تَسْلِيمُ الوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ، والباء في قوله: بِطَلَبِ، يتعلق بالوكيل، لا بالتسليم.

وفي «المبسوط»: وإذا وكل وكيلًا بطلت الشفعة وسلم الوكيل الشفعة، أو أقرَّ بأن موكله قد سلم فنقول: أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فيصح ذلك منه في مجلس القضاء ولا يصح ذلك في غير مجلس القضاء، وكان يقول أبو يوسف رحمه الله أولًا: لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء، وهو قول زفر ثم رجع فقال: إقراره على الموكل بالتسليم صحيح في مجلس القضاء وغير مجلس القضاء، ومحمد يقول في إقراره على الموكل بالتسليم بقول أبي حنيفة رحمهما الله، وقال: يجوز تسليم الشفعة في مجلس

لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلصَّغِيرِ فَلَا يَمْلِكَانِ إِبْطَالَهُ كَدِيَتِهِ وَقَوَدِهِ، وَلِأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَكَانَ إِبْطَالُهُ إِضْرَارًا بِهِ.

القضاء، ولا يجوز في غير مجلس القضاء، ذكر قوله هذا في كتاب الوكالة.

ولا يحفظ جواب أبي يوسف رحمه الله الآخر فيما إذا سلم الوكيل الشفعة، وقيل: ذلك صحيح منه كما يصح إقراره على الموكل بالتسليم، وأصل المسألة من كتاب الوكالة، فإن الوكيل بالخصومة إذا أقرَّ على موكله في القياس لا يجوز إقراره، وهو قول زفر وأبي يوسف رحمهما الله أولًا، وفي الاستحسان يجوز إقراره في مجلس القاضي ولا يجوز في غير مجلس القاضي، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر: إقراره صحيح في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي كإقرار الموكل، فالوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة، فإذا أقرَّ على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف.

فأمَّا إذا سلم بنفسه فذكر في الوكالة والمأذون الكبير أن الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم الشفعة في مجلس القاضي يصح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ومن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن من وكل بطلب الشفعة والخصومة يصح تسليمه؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة، ومجلس الخصومة مجلس القاضي فيصح تسليمه في مجلس القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي غير مجلس القاضي عند أبي يوسف رحمه الله لكونه نائبًا عن الموكل مطلقًا، وعند محمد وزفر رحمهما الله: لا يصح منه التسليم أصلًا؛ لأن ذلك ضد ما فوض إليه فإنه أمر باستيفاء الحق لا بإسقاط الحق.

قوله: لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ، أي: الشفعة حق ثابت، ذكَّر ضمير الشفعة بتأويل طلب الشفعة، أو ذكَّره لتذكير الخبر.

قوله: فَلَا يَمْلِكَانِ، أي: الأب والوصي.

قوله: كَدِيَتِهِ، بالتاء المنقوطة من فوقها باثنتين بدلالة قران قوله: وَقَوَدِهِ، ولكن الأولى في النُّسخ: كَدَيْنِهِ، بالنون، ليكون أعم؛ ولأنه أوفق لرواية «المبسوط» حيث قال فيه:

وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى التِّجَارَةِ فَيَمْلِكَانِ تَرْكَهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ أَوْجَبَ بَيْعًا لِلصَّبِيِّ صَحَّ رَدُّهُ مِنَ الأَبِ وَالوَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي تَرْكِهِ لِيَبْقَى الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِهِ وَالوِلايَةُ نَظَرِيَّةٌ فَيَمْلِكَانِهِ وَسُكُوتُهُمَا كَإِبْطَالِهِمَا لِكَوْنِهِ دَلِيلَ الإِعْرَاضِ، وَهَذَا إِذَا بِيعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا، فَإِنْ بِيعَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا بِمَا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ قِيلَ جَازَ التَّسْلِيمُ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ نَظَرًا وَقِيلَ لا يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ؛

وعند محمد وزفر رحمهما الله: لا يصح، وللصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ؛ لأَنَّهما قاما مقامه في استيفاء حقه والإسقاط ضد الاستيفاء، فلا يثبت لهما الولاية في الإسقاط كالإبراء عن الديون، والعفو عن القصاص الواجب له.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى التِّجَارَةِ؛ لأنه تملك للعين بالثمن وهو عين الشراء، نوضحه: أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من ذلك الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك إذا سلمها إليه، بل أَوْلَى؛ لأنه إذا أخذها ثم باعها منه يتوجه العهدة فيها إلى الصبي وفي التسليم لا يتوجه عليه العهدة، وأمَّا قولهما: فَلا يَمْلِكَانِ إسقاطه وَإِبْطَالَهُ كَدِيَتِهِ وَقَوَدِهِ، فقلنا: إن في تسليم الشفعة ينفي أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن، فإن كان فيه إسقاط حقه فهو إسقاط بعوض يعدله، فلا يعد ذلك ضررًا كبيع ماله، بخلاف الإبراء عن الدين وإسقاط القود؛ لأنه لا عوض هناك يعادله فلا يملكانهما.

قوله: قِيلَ جَازَ التَّسْلِيمُ بِالإِجْمَاعِ، أي: من غير خلاف لمحمد وزفر رحمهما الله، فإنَّهما كانا لا يريان في المسألة الأولى، وهي ما إذا بيعت دار بمثل قيمتها والصبي شفيعها يسلم الأب والوصي الشفعة، وأمَّا هاهنا وهي ما إذا بيعت دار بأكثر من قيمتها فيجوز أن يسلمها الشفعة.

قوله: وَقِيلَ لا يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ، وهو الأصح، وذكر هذه الجملة في «المبسوط» وقال:

ولو كان المشتري اشترى الدار بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله، والصبي شفيعها فسلم الأب ذلك، فمن أصحابنا من قال: يصح التسليم هاهنا عند محمد وزفر

لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الأَخْذَ فَلا يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ كَالأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنْهُمَا أَيْضًا،

رحمهما الله؛ لما فيه من النظر للصبي، والأصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعًا؛ لأنه لا يملك الأخذ لكثرة الثمن، وسكوته عن الطلب، وتسليمه إنما يصح إذا كان مالكـًا للأخذ، فيبقى الصبي على حقه إذا بلغ.

قوله: وَإِنْ بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنْهُمَا، أي: من الأب والوصي، فلمَّا لم يصح التسليم منهما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح أيضًا على قول محمد وزفر رحمهما الله؛ لأنهما لا يريان تسليم الأب والوصي شفعة الصغير فيما بيعت بمثل قيمتها، فلأن لا يجوز فيما إذا بيعت بأقل من قيمتها بالطريق الأَوْلَى.

وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الشبهة ترد على قوله؛ لأنه كان يجوز تسليم الأب والوصي شفعة الصغير فيما إذا بيعت بمثل قيمتها، فعلى قياس ذلك ينبغي أن يجوز تسليمها أيضًا فيما إذا بيعت الدار بأقل من قيمتها؛ لما أن هذا البيع وإن كان بالمحاباة الكثيرة لا يخرج عن معنى التجارة، ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير، ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا فيما رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تصرفهما في مال الصغير يدور مع الوجه الأحسن، فلمَّا تعين وجه الأحسن في هذا البيع في أخذ الدار للصغير بالشفعة كان التسليم غير الأحسن، والتسليم يصرف في حقه كالأخذ، فلذلك لم يجز تصرفهما بتسليم الشفعة في حق الصغير؛ لأنه قربان لماله بغير الأحسن، ولهذا المعنى أيضًا خص قول أبي يوسف رحمه الله بقوله، ولا رواية لأبي يوسف رحمه الله؛ لأنه كان مع أبي حنيفة رحمه الله في صحة تسليم الشفعة الصغير فيما إذا بيعت الدار بمثل قيمتها.

والحاصل أن المسائل المتعلقة بشفعة الصغير لا يخلو من وجوه بيعـًا وشرًى، وهي ما ذكرنا أن الأجنبي إذا اشترى دارًا في جوار دار الصغير: هل للأب والوصي أن يسلما شفعة الصغير للمشتري أم لا؟ وقد ذكرناه، وأن الأب إذا اشترى دارًا لابنه الصغير والأب شفيعها،

وَلا رِوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كان للأب أن يأخذها بالشفعة عندنا إذا لم يكن للصبي في الأخذ ضرر ظاهر، كما لو اشترى الأب مال ابنه لنفسه ثم كيف يقول في ذلك؟ يقول: اشتريتُ وأخذتُ بالشفعة، ولو كان مكان الأب وصيٌّ فإن كان في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة للصغير بأن وقع شراء الدار بغبن يسير بأن كانت قيمة الدار مثلًا عشرة، وقد اشتراها الوصي بأحد عشر كان في أخذ الوصي بالشفعة منفعة في الحق الصغير، فكان للوصي أن يأخذ الدار بالشفعة على قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله، كما في شراء الوصي شيئًا من مال الصغير لنفسه، وإن لم يكن في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة في حق الصغير بأن وقع شراء الدار للصغير بمثل القيمة لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق، كما لا يكون للوصي أن يشتري شيئًا من مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة بالاتفاق.

ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب الشفعة له حتى يدرك الصبي، ولو اشترى الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الأب الشفعة للصغير حتى لو بلغ الصغير فليس للذي بلغ أن يأخذها بالشفعة؛ لأن الأب كان متمكنًا من الأخذ بالشفعة؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة فسكوته يكون مبطلًا للشفعة.

ولو باع الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الأب الشفعة للصغير لا تبطل شفعة الصغير، حتى لو بلغ الصغير كان له أن يأخذها؛ لأن الأب هاهنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه تابعًا، وسكون من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلًا.

وأمَّا الوصي إذا اشترى دارًا لنفسه، أو باع دارًا له، والصبي شفيعها فلم يطلب الوصي شفعته فاليتيم على شفعته إذا بلغ؛ لأن الوصي لا يملك البيع والشراء للصغير مع نفسه إلا إذا كان فيه منفعة للصغير، فأمَّا إذا لم يملك الأخذ لم يكن سكوته تسليمًا، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

وفي «الجامع الصغير»: الوصي إذا باع دار اليتيم والوصي شفيعها فلا شفعة له، إلا إذا باعها وكيل القاضي فللوصي الشفعة، والله تعالى أعلم بالصواب.

(كِتَابُ القِسْمَةِ)

كتاب القسمة

إيراد القسمة عقيب الشفعة؛ إمَّا لأن كلًّا منهما من نتائج النصيب الشائع؛ لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع، فأحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه أو عوضه فلا يخلو عن أحد وجهين: الإقدام على البيع فتجب الشفعة، أو على إفراز نصيبه فيتحقق القسمة.

وإمَّا لأن القسمة نافية للشفعة وقاطعة لوجوبها رجوعًا إلى قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، والنفي يقتضي سبق الثبوت، فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة، والمتضادان يفترقان أبدًا مع تقدّم المثبت على النافِي، كما في الأمر والنهي، والنكاح والطلاق.

ثم من محاسن القسمة أن أحد الشريكين إذا تبرم من مصاحبة شريكه الشَّكِس الأخلاق، وضيق الفطن، وشديد المراس، ومُعْتاص اللدن، مع أنه يهوى بقاء ملكه في نصيبه لم يكن له مخرج من هذا المضيق، ولا منجّى من هذا الحريق إلا الركون إلى الاقتسام، وهو الركن الأوثق في الانتظام.

ومنها: أن كل واحد من الشريكين عسى أن لا ينتفع بملكه عند بقاء شركته انتفاع الكمال، وهو الظاهر في أغلب الأحوال، والقسمة موصلة إلى مثل هذا الأحسن من الآمال.

ومنها: أن الشريك ربما يتبغض بما يمن صاحبه بما انقاد له فيما يصعب من أمر الشركة، ومكنه مما التوى أمره في التركة، والقسمة ذريعة إلى إزالة مثل هذا الذي التبس أمرُه وأشكل،

القِسْمَةُ فِي الأَعْيَانِ المُشْتَرَكَةِ مَشْرُوعَةٌ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

ووسيلة إلى إماطة ما استغلق من هذا وأعضل، فيجب علينا التلقي بالقبول حامدين لله تعالى على ما أوْلَانا من نعم الشرائع؛ إذ جعلها وسائل إلى بلوغ الأمانِي في الدارين والذرائع.

فيحتاج هاهنا إلى معرفة أشياء: معنى القسمة لغةً، وشرعًا، وسببها، وركنها، وشرطها، ودليل شرعيتها، وحكمها.

أمَّا لغةً: فالقسمة اسم للاقتسام، كالقدوة للاقتداء، والأسوة للائتساء، وهي مؤنثة كما ترى، وإنما قال الله تعالى: ﴿فَٱرۡزُقُوهُم مِّنۡهُ﴾ بعد قوله: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلۡقِسۡمَةَ﴾ [النساء: ٨]؛ لأنَّها في معنى الميراث والمال.

وأمَّا شرعًا: فقد ذكر في «الإيضاح»: القسمة جمعُ النصيب الشائع في مكان معين.

وأمَّا سببها: فطلب كل واحد من الشريكين الانتفاع بملكه على وجه الخصوص، وفي «المبسوط»: وإنما تجب القسمة عند طلب بعض الشركاء؛ لأن كل واحدٍ من الشريكين قبل القسمة ينتفع بنصيب صاحبه، فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته إلى ذلك.

وأمَّا ركنها: فهو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتميز بين النصيبين، كالمكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والزرع في المزروعات، والعدد في المعدودات.

وأمَّا شرطها: فهو أن لا يفوت منفعته بالقسمة، وعن هذا قال في «المبسوط» في باب ما لا يقسم: ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء؛ لما فيها من الضرر، والمقصود بالقسمة توفير المنفعة، فإذا أدي ذلك إلى الضرر لم يجبر القاضي عليه، إلى أن قال: وإن رضوا بالهدم في الحائط وقسمة الأسهم بينهم لم يباشر القاضي ذلك؛ لما فيه من إتلاف الملك، ولكن إن فعلوا فيما بينهم لم يمنعهم عن ذلك، وكذلك في البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم.

وقال في «الأسرار»: والحمام لا تجب قسمته؛ لأن المنفعة القائمة قبل القسمة تفوت

بَاشَرَهَا فِي المَغَانِمِ وَالمَوَارِيثِ، وَجَرَى التَّوَارُثُ بِهَا مِنْ غَيْرِ نكِيرٍ، ثُمَّ هِيَ لا تَعْرَى عَنْ مَعْنَى المُبَادَلَةِ؛ لِأَنَّ مَا يَجْتَمِعُ لِأَحَدِهِمَا بَعْضُهُ كَانَ لَهُ وَبَعْضُهُ كَانَ لِصَاحِبِهِ فَهُوَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَمَّا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَكَانَ مُبَادَلَةً وَإِفْرَازًا، وَالإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي المَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ حَالَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ،

بالقسمة، فلم تكن القسمة إفرازًا للحق الشائع حيث تضمن فوات تلك المنفعة فلم يجب.

وأمَّا دليل شرعيتها: فهو ما ذكر في «المبسوط» وقال: وجوازها بالكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، والسنة ما اشتهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم بين أصحابه، وقسمة المواريث وغير ذلك.

وأمَّا حكمها: فتعيين نصيب كل واحدٍ منهم من نصيب صاحبه، بحيث لا يبقى تعلق لكل واحد منهم بنصيب صاحبه.

قوله: ثُمَّ هِيَ - أي: القسمة - لا تَعْرَى عَنْ مَعْنَى المُبَادَلَةِ، أي: في جميع الصور سواء كانت في ذوات الأمثال، أو في غير ذوات الأمثال، لكن في ذوات الأمثال معنى الإفراز راجح، والمعنيُّ من الإفراز هو أن يقبضه لعين حقه، ولكن مع ذلك فيه معنى المبايعة؛ وذلك لأن ما قبضه كل واحدٍ منهما نصفه ملكه من الأصل حقيقة، ونصفه ملك صاحبه صار له من جهة صاحبه بالقسمة، إلا أن ما أخذ كل واحدٍ منهما من نصيب صاحبه في ذوات الأمثال مثل ما ترك عليه بيقين، فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ عين الحق حكمًا، ألا ترى أن أخذ المثل في العرض جعل كأخذ العين حكمًا، فجعل القرض لذلك بمنزلة العارية، ولم يجعل بمنزلة المبادلة بين المقرض والمستقرض فلذلك لم يحرم النَّساء فيه، فجعل استرداد القرض بمنزلة استيفاء عين حقه، ثم في كل موضع يمكن العمل بشبه الإفراز والمبادلة يعمل بهما، وفي كل موضع لا يمكن العمل بالشبهين يعمل بشَبه الإفراز؛ لأن شبه الإفراز راجح، إلى هذا أشار في «المغني».

وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ حَتَّى لا يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا أَخْذُ

قوله: وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ، أي: لو اشترى الرجلان مكيلًا أو موزونًا بدراهم واقتسماها فيما بينهما، فلكل واحدٍ منهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الدراهم.

فإن قيل: أليس أن محمدًا رحمه الله ذكر في آخر كتاب القسمة: إذا كان وصي الذمي مسلمًا وفي التركة خمورٌ وخنازير أنه يكره قسمتها، ولو كان المرجحان في هذه القسمة - أي: في قسمة الموزونات وهي الخمر - يشبه الإفراز ينبغي أن يجوز من غير كراهة، فإن الذمي إذا وكل مسلمًا أن يقبض خمرًا له جاز للوكيل قبضها من غير كراهة.

قلنا: ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله إذا كان في التركة الخمور لا غير لا يكره للوصي المسلم قسمتها؛ لأن هذه القسمة إفراز محض ليس فيها شبهة المبادلة، والمسلم يملك قبض خمر الذمي، وإنما تكره القسمة إذا كان مع الخمر الخنازير؛ لأن القسمة حينئذٍ تكون مبادلة.

وغيره من المشايخ قالوا: لا بل تكره قسمة الخمور وحدها للمسلم؛ لأن العمل بالشبهين في قسمة الخمر ممكن بإثبات الكراهة، ومعنى الكراهة هاهنا معنى هو بين الحلال المطلق والحرام المحض؛ لأنَّها لو كانت إفرازًا من كل وجهٍ كانت حلالًا، ولو كانت مبايعةً من كل وجه كانت حرامًا، فإذا كانت مبايعة حقيقةً من كل وجه إفرازًا حكمًا أثبتنا حكمًا بين الحلال المحض والحرام المحض.

قوله: وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ، أي: في غير ذوات الأمثال كلها، وبه صرح في «المغني» وغيره، فقال في «المغني»: وأمَّا القسمة في غير ذوات الأمثال فشبهة المبادلة فيها راجح؛ لأنَّها إفراز حكمًا من وجه، ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه، أمَّا الحقيقة فظاهر، وأمَّا الحكم؛ فلأن نصف ما يأخذ كل واحد منهما مثل لما تَرَكَ على صاحبه باعتبار القيمة، وأخذ المثل كأخذ العين حكمًا فكان إفرازًا، إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه القيمة بيقين؛ لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال،

نَصِيبِهِ عِنْدَ غَيْبَةِ الآخَرِ. وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ لا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بَعْدَ القِسْمَةِ، إلَّا أَنَّهَا إذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ القَاضِي عَلَى القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الإِفْرَازِ لِتَقَارُبِ المَقَاصِدِ وَالمُبَادَلَةُ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ أَحَدَهُمْ بِطَلَبِ القِسْمَةِ يَسْأَلُ القَاضِيَ أَنْ يَخُصَّهُ بِالِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ وَيَمْنَعَ الغَيْرَ عَنِ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ، فَيَجِبَ عَلَى القَاضِي

وفيما ليس من ذوات الأمثال لا تثبت المعادلة بيقين، فالإفراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبايعة بالحقيقة.

وذكر في «المبسوط»: ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات، فإنها تمييز عند اتحاد الجنس وتفاوت المنفعة، ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء، وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحدٍ منهما نصفه ممَّا كان مملوكًا له، ونصفه عوض عمَّا أخذه صاحبه من نصيبه، ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين، ولا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بَعْدَ القِسْمَةِ.

وقوله: إلَّا أَنَّهَا إذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ القَاضِي عَلَى القِسْمَةِ، وهذا جواب لسؤال مقدر يرد على قوله: وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ، بأن يقال: لو كان الرجحان للمبايعة لكان لا يجبر الآبي على القسمة في غير ذوات الأمثال، قلنا: إنما يجبر لدفع الضرر عن غيره، كالغريم يحبس حتى يبيع ماله ليقضي الدين، وبهذا السؤال والجواب صرح في «المغني» حيث قال:

فإن قيل: لو كان الرجحان في هذه القسمة للمبايعة لكان لا يجبر الآبي عليها وبالإجماع يجبر، وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها، حتى أن الشريكين إذا اقتسما دارًا أو أرضًا بينهما وبنى أحدهما في نصيبه بناء، ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بنى فيها ونقض بناؤه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء، ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لثبت الغرور كما لو اشترى.

إِجَابَتُهُ وَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً لا يُجْبِرُ القَاضِي عَلَى قِسْمَتِهَا لِتَعَذُّرِ المُعَادَلَةِ بِاعْتِبَارِ فُحْشِ التَّفَاوُتِ فِي المَقَاصِدِ، وَلَوْ تَرَاضَوْا عَلَيْهَا جَازَ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ.

قلنا: الجبر على هذه المبايعة لقطع ارتفاق الآبي بملك صاحبه، ويجوز أن يجري الجبر على المبايعة باعتبار حق مستحق للغير، ألا ترى أن المشتري لا يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع وإن كان التسليم إليه مبايعة، إنما يجبر لحق الشفيع، ألا ترى أن المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين، فجريان الجبر عليها لا ينفي كونها مبايعة؟

وأمَّا الثاني قلنا: إنما لا يثبت الغرور؛ لأن كل واحد منهما مضطر في هذه المبائعة؛ لأنه يحتاج إلى تخليص حقه ومنع صاحبه عن الارتفاق بملكه، ولا يمكنه ذلك إلا بهذه المبايعة فيكون مضطرًا إلى هذه المبائعة لإحياء حقه، والجبر كما ثبت بالإكراه يثبت بالحاجة إلى إحياء الحق، كصاحب العلو إذا بنى السفل وإن كان مخيرًا على هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور، كالشفيع إذا أخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا – أي: وإن كانت الأعيان المشتركة أجناسًا – **مُخْتَلِفَةً لا يُجْبِرُ القَاضِي عَلَى قِسْمَتِهَا.**

وحاصل ذلك أن الأعيان المشتركة في أصلها لا تخلو: إمَّا أن كانت من جنس واحد، أو من أجناس مختلفة، فإن كانت من جنس واحد فلا يخلو: إمَّا أن كانت ممَّا يجري فيه الربا كالمكيل، أو الموزون، أو لا يجري كالحيوانات، فجبر القاضي يجري عند طلب أحد الشريكين القسمة في هذين الوجهين بعد أن كانا من جنس واحد، حتى لو كان بين رجلين جماعة غنم، أو جماعة بقر، أو جماعة إبل، أو جماعة ثياب، كلها من جنس واحد فطلب أحدهما قسمتها وأبى الآخر ذلك، فإن القاضي يجبر الآبي منهما على القسمة؛ لأن الآبي منهما متعنت؛ لأن المشاع ناقص المنفعة والمقسوم وافر المنفعة فلا يلتفت القاضي إلى تعنته، هذا إذا كانت المنفعة تبقى بعد القسمة، وأمَّا إذا لم تبق المنفعة بل يتضرر كل واحد منهما لا يقسمه القاضي، كما إذا كان حمامًا بينهما، أو بيتًا صغيرًا، أو حائطًا بينهما، أو ما أشبه ذلك ممَّا يحتاج في قسمته إلى الشق والقطع، فلا يقسم ذلك حتى يتراضيا عليه،

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُنَصِّبَ قَاسِمًا يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ لِيَقْسِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِغَيْرِ أَجْرٍ)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ جِنْسِ عَمَلِ القَضَاءِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتِمُّ بِهِ قَطْعُ المُنَازَعَةِ فَأَشْبَهَ رِزْقَ القَاضِي، وَلِأَنَّ مَنْفَعَةَ نَصْبِ القَاسِمِ تَعُمُّ العَامَّةَ فَتَكُونَ كِفَايَتُهُ فِي مَالِهِمْ غُرْمًا بِالغُنْمِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَصَّبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالأَجْرِ) مَعْنَاهُ بِأَجْرٍ عَلَى المُتَقَاسِمِينَ؛ لِأَنَّ

ولا يقسم برضاء أحدهما دون الآخر، وعند التراضي على القسمة روايتان: في رواية لا بأس للقاضي أن يلي شق ذلك بنفسه ويقطعه بإذنهما، وفي رواية أخرى: لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض ذلك إليهما فهما يفعلانه.

هذا إذا لم يكن من أموال الربا، فإن كان من أموال الربا فلا اعتبار لتراضيهما عند فضل أحدهما على الآخر قدرًا، والأصل أن التراضي في القسمة على الضرر جائز كما ذكرنا، والتراضي على الربا لا يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، حتى أنه لو كان كرّ حنطة بين رجلين نصفين، ثلاثون مختومًا منها رديَّة قيمتها عشرة دراهم، وعشرة مخاتيم منها جيدة قيمتها عشرة، فتراضيا على أن يكون الثلاثون الرديَّة لأحدهما والعشرة الجيدة للآخر فلا يجوز؛ لأنه ربًا؛ لأن الذي قبض الثلاثين كان له في جملة الكرّ عشرون مختومًا، وقد قبض زيادة العشرة بإزاء الجودة في العشرة المتروكة لصاحبه فيكون ربًا، وإن تراضيا عليه لم يجز أيضًا؛ لأن الكيلي أو الوزني عند ملاقاة جنسه لا عبرة للوصف والقيمة، وإنما العبرة للقدر، وهو الكيل في المكيل، أو الوزن في الموزون.

وأمَّا إذا كانت الأعيان المشتركة من أجناس مختلفةٍ فطلب أحدهما قسمتها بينهما فلا يقسمها إلا بتراضيهما جميعًا؛ لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضي في التجارة شرط؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، كذا في «شرح الطحاوي» في مواضع متفرقة.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَصَّبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالأَجْرِ، أي: فإن لم ينصب قاسمًا يرزقه

النَّفْعَ لَهُمْ عَلَى الخُصُوصِ، وَبِقَدْرِ أَجْرِ مِثْلِهِ كَيْ لا يَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ، وَالأَفْضَلُ أَنْ يَرْزُقَهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالنَّاسِ وَأَبْعَدُ عَنِ التُّهْمَةِ. (وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مَأْمُونًا عَالِمًا بِالقِسْمَةِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ عَمَلِ القَضَاءِ، وَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ القُدْرَةِ وَهِيَ بِالعِلْمِ، وَمِنَ الِاعْتِمَادِ عَلَى قَوْلِهِ وَهُوَ بِالأَمَانَةِ (وَلا يُجْبِرُ القَاضِي النَّاسَ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ) مَعْنَاهُ لا يُجْبِرُهُمْ عَلَى أَنْ يَسْتَأْجِرُوهُ؛ لِأَنَّهُ لا جَبْرَ عَلَى العُقُودِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَعَيَّنَ لَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى أَجْرِ مِثْلِهِ (وَلَوِ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا جَازَ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَمْرِ القَاضِي)؛ لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُمْ عَلَيْهِ (وَلا يَتْرُكُ القُسَّامَ

من بيت المال ينصب قاسمًا يقسم بالأجر.

قوله: وَبِقَدْرِ أَجْرِ مِثْلِهِ، أي: ويقدر القاضي أجر مثل قسمة القاسم.

قوله: وَأَبْعَدُ عَنِ التُّهْمَةِ، أي: تُهمة الميل إلى أحد المتقاسمين في مواضع متفرقه بسبب ما يعطيه بعض الشركاء تارةً.

وفي «الذخيرة»: ويجوز للقاضي أن يأخذ على القسمة أجرًا، ولكن المستحب له أن لا يأخذ؛ وهذا لأن القسمة ليس بقضاءٍ على الحقيقة حتى لا يعترض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يعترض عليه جبر الآبي على القسمة، إلا أن لها شبهاً بالقضاء من حيث أنَّها تستفاد بولاية القضاء، حتى ملك القاضي جَبر الآبي ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن حيث أنَّها ليست بقضاءٍ جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث أنَّها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ الأجر عليها.

قوله: وَلَوِ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا جَازَ، أي: الشركاء لم يرفعوا الأمر إلى القاضي، بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو جائز؛ لأن في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات، كذا في «أدب القاضي».

القُسَّام: جمع القاسم، كالزرَّاع جمع الزارع.

يَشْتَرِكُونَ) كَيْ لا تَصِيرَ الأُجْرَةُ غَالِيَةً بِتَوَاكُلِهِمْ، وَعِنْدَ عَدَمِ الشَّرِكَةِ يَتَبَادَرُ كُلٌّ مِنْهُمْ إِلَيْهِ خِيفَةَ الفَوْتِ فَيَرْخُصُ الأَجْرَ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ القِسْمَةِ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا عَلَى قَدْرِ الأَنْصِبَاءِ)؛ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ المِلْكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ كَأُجْرَةِ الكَيَّالِ وَالوَزَّانِ وَحَفْرِ البِئْرِ المُشْتَرَكَةِ وَنَفَقَةِ المَمْلُوكِ المُشْتَرَكِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَجْرَ

التَّواكل: هو أن يتكل بعضهم على بعض.

ثم معنى قوله: وَلا يَتْرُكُ القُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ، أي: لا يخلى القاضي القاسمين المعينين وأنفسهم على رأيهم في الاشتراك، لكن بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم إلى غيرهم؛ لأنه لو عينهم في الاستئجار لعل القسام يكلفون الأجر زيادةً على أجر المثل فيتضرر بها المتقاسمون، بل يقول القاضي لكل واحد من المتقاسمين: استبدأتَ بالقسمة من غير مشاركة الآجر، فكان كل واحد منهم مأذونًا ومجازًا بالقسمة من جانب القاضي، فحينئذٍ يتسارع كل واحد من القسام إلى ما يتيسّر من الآخر، فيقسم الأموال المشتركة بأرخص الأمور كيلا يفوت منه ذلك الأجر وإن قلَّ، فلا يتضرر المتقاسمون.

قوله: كَأُجْرَةِ الكَيَّالِ وَالوَزَّانِ، يعني: إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصباء، وكذلك الوزان؛ وهذا لأن المقصود بالقسمة أن يتوسل كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه، ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر من منفعة نصيب صاحب القليل، فيجب أن يكون الأجر على صاحب الكثير أكثر؛ لما أن الغرم مقابل بالغنم، فصارت الأجرة كالزوائد الحاصلة من الملك المشترك كالثمار والأولاد، فهي على قدر الملك بينهما بالاتفاق فكذا الأجرة، وكذلك إذا استأجروا رجلًا لبناء جدار، أو تطيين سطح بيتهم فإن الأجر يجب على التفاوت.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِالتَّمْيِيزِ، وَأَنَّهُ لا يَتَفَاوَتُ، ومعنى هذا الكلام هو أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة، ومدّ الأطناب والمشي على الحدود؛

مُقَابَلٌ بِالتَّمْيِيزِ، وَأَنَّهُ لا يَتَفَاوَتُ، وَرُبَّمَا يَصْعُبُ الحِسَابُ بِالنَّظَرِ إِلَى القَلِيلِ، وَقَدْ يَنْعَكِسُ الأَمْرُ فَيَتَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ فَيَتَعَلَّقَ الحُكْمُ بِأَصْلِ التَّمْيِيزِ، بِخِلَافِ حَفْرِ البِئْرِ لِأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِنَقْلِ التُّرَابِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ، وَالكَيْلُ وَالوَزْنُ إِنْ كَانَ لِلْقِسْمَةِ قِيلَ هُوَ

لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجرة إذا قسم بنفسه، فعرفنا أنه إنما يستوجب الأجر بالقسمة وهي تمييز نصيب كل واحد منهم، ولا تفاوت بينهم في ذلك فإنه كما يتميز نصيب صاحب الكثير بعمله عن نصيب صاحب القليل، كذلك يتميز نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكثير، وقد لا يتصور إفراز القليل عن الكثير إلا بما يفرز الكثير منه، فكان عمل الإفراز واقعاً لهما جملة.

وكذلك الحساب، فإن معرفة حساب النصيب الكثير يحتاج لإفراز النصيب القليل منه كما يحتاج في الإفراز الكثير، فكان العمل من حيث الحساب واقعاً للجملة، بخلاف تطيين السطح، وبناء الجدار؛ لأن الأجر ثمَّة مقابل بالبناء والتطيين، ونفس ذلك الفعل مقدر بقدر المكان، ألا ترى أن ما يحصل بعمله من البناء والطين المبسوط يكون بينهما أثلاثًا فكذلك بدله.

وأمَّا المقسوم أثلاثًا فلم يحصل بعمله، بل حصل بالإفراز والتمييز لا غير وهو واقع لهما؛ لأن التمييز يحصل بعمل واحدٍ وهما في ذلك العمل سواء، وبخلاف الزوائد فإنَّها تتولد من الملك فإنما يتولد بقدر الملك.

وبخلاف النفقة؛ لأنها لإبقاء الملك، وحاجة صاحب الكثير إلى ذلك أكثر من صاحب القليل، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: فَيَتَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ، أي: اعتبار كون صعوبة الحساب بالنظر إلى القليل، يعني: رُبَّما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكثر، فإن الحساب لا يدق إذا استوت الأنصباء وإنما يدق عند تفاوت الأنصباء، ويزداد فيه بقلة بعض الأنصباء، فلعل تمييز نصيب صاحب ذلك العمل سواءٌ.

قوله: وَالكَيْلُ وَالوَزْنُ إِنْ كَانَ لِلْقِسْمَةِ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلَافِ، يعني: إذا استأجروا رجلًا

عَلَى الخِلَافِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْقِسْمَةِ فَالأَجْرُ مُقَابَلٌ بِعَمَلِ الكَيْلِ وَالوَزْنِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ وَهُوَ العُذْرُ لَوْ أُطْلِقَ وَلا يُفَصَّلُ وَعَنْهُ أَنَّهُ عَلَى الطَّالِبِ دُونَ المُمْتَنِعِ لِنَفْعِهِ وَمَضَرَّةِ المُمْتَنِعِ.

لكيل الحنطة المشتركة بينهم، أو لزرع ثوب مشترك بينهم، إن كان الاستئجار لأجل القسمة فالمسألة على الخلاف؛ لأن القليل إنما يفرز عن الكثير بالذي يفرز الكثير منه، فكان العمل في كل نصيب شرطًا لإفراز الآخر عنه، كالحساب في الفصل الأول فلم يظهر التفاوت، وأمَّا إذا كان الاستئجار لنفس الكيل والزرع، ليصير المكيل والثوب معلوم القدر والذرع فالأجر على قدر الأنصباء؛ لأن الأجر استحق بإزاء فعل الكيل من غير اعتبار إفرازٍ، وفعل الكيل يتقدر بقدر المكيل فيتفاوتُ البدل أيضًا، كذا في «الأسرار»، و«الذخيرة».

قوله: وَهُوَ العُذْرُ لَوْ أُطْلِقَ، ولفظه (هو) إشارة إلى **قوله: فَالأَجْرُ مُقَابَلٌ بِعَمَلِ الكَيْلِ وَالوَزْنِ**، يعني: أن قولهما: فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان، لو كان مجرى على إطلاقه فالجواب لأبي حنيفة رحمه الله عن ذلك هو أنما يتفاوت الأجر هناك على قدر الأنصباء؛ لأن كيل نصيب صاحب الكثير أشق وأصعب من كيل نصيب صاحب القليل لا محالة، فكذلك كانت الأجرة هناك بحسب الأنصباء لا بحسب رؤوس المتقاسمين.

وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله حيث قال في «المبسوط»:

فأمَّا أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا: هو على الاختلاف، فإن المكيل والموزون يقسم بذلك، والكيال والوزان بمنزلة القسام، ثم قال: والأصح أن أبا حنيفة رحمه الله يفرق بينهما، ويقول: هناك إنما استوجب الأجر بعمله في الكيل والوزن، ألا ترى أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الأجر، وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر، فكل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من عشرة أقفزة، فلهذا كانت الأجرة عليهما بقدر الملك، بخلاف القسام.

قوله: وَعَنْهُ، أي: وعن أبي حنيفة رحمه الله.

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ القَاضِي وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضَيْعَةٌ وَادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهَا عَنْ فُلَانٍ لَمْ يَقْسِمْهَا القَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ، وَيَذْكُرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ وَإِنْ كَانَ المَالُ المُشْتَرَكُ مَا سِوَى العَقَارِ وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَلَوِ ادَّعَوْا فِي العَقَارِ أَنَّهُمُ اشْتَرَوْهُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) لَهُمَا أَنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ وَالإِقْرَارَ أَمَارَةُ الصِّدْقِ وَلا مُنَازِعَ لَهُمْ فَيَقْسِمَهُ بَيْنَهُمْ كَمَا فِي المَنْقُولِ المَوْرُوثِ وَالعَقَارِ المُشْتَرَى؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لا مُنْكِرَ وَلا بَيِّنَةَ إِلَّا عَلَى المُنْكِرِ فَلَا يُفِيدُ، إِلَّا أَنَّهُ يَذْكُرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِإِقْرَارِهِمْ لِيَقْتَصِرَ عَلَيْهِمْ وَلا يَتَعَدَّاهُمْ وَلَهُ أَنَّ يَقْسِمَ قَضَاءً عَلَى المَيِّتِ إِذِ التَّرِكَةُ مُبْقَاةٌ عَلَى مِلْكِهِ قَبْلَ القِسْمَةِ، حَتَّى لَوْ حَدَثَتِ

قوله: وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضَيْعَةٌ؛ قيد بهما لأنه إذا كان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل قسم بإفرازهم بالاتفاق.

قوله: وَادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهَا؛ قيّد به لأنهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم بإفرازهم بالاتفاق في رواية الأصول على ما ذكر في الكتاب، وهكذا أيضًا في «الإيضاح».

قوله: وَيَذْكُرُ - أي: القاضي - فِي كِتَابِ القِسْمَةِ - أي: في صك القسمة - أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ، يعني: لا بالبينة؛ وذلك لأن حكم القسمة بالبينة يخالف حكم القسمة بالإفراز؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدي إلى الغير، حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبرة المعتق فالقاضي يقضي لهما بالعتق، ولا يكلفهما إقامة البينة على الموت، وحكم القسمة بالإفراز لا يتعدي، ألا ترى أنه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين إلا ببينة تقوم على الموت، كذا ذكره في الفصل الثاني من قسمة «الذخيرة».

قوله: حَتَّى لَوْ حَدَثَتِ الزِّيَادَةُ قَبْلَهَا تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ، ألا ترى أن من أوصى بجاريته لرجل

الزِّيَادَةُ قَبْلَهَا تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فِيهَا وَتُقْضَى دُيُونُهُ مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القِسْمَةِ، وَإِذَا كَانَتْ قَضَاءً عَلَى المَيِّتِ فَالإِقْرَارُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيِّنَةِ وَهُوَ مُفِيدٌ؛ لِأَنَّ بَعْضَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ المُورِثِ. وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ كَمَا فِي الوَارِثِ أَوِ الوَصِيِّ المُقِرِّ بِالدَّيْنِ فَإِنَّهُ يُقْبَلُ البَيِّنَةُ عَلَيْهِ مَعَ إِقْرَارِهِ، بِخِلَافِ المَنْقُولِ؛ لِأَنَّ فِي القِسْمَةِ نَظَرًا لِلْحَاجَةِ إِلَى الحِفْظِ أَمَّا العَقَارُ فَمُحَصَّنٌ بِنَفْسِهِ؛ وَلِأَنَّ المَنْقُولَ مَضْمُونٌ

ومات فولدت ولدًا، أو اكتسبت كان الولد والكسب لورثة الميت، وإن حدثت الزيادة بعد القسمة تكون للموصى له، وإن كانت الجارية مع الزيادة لا يخرج من ثلث المال، كذا في شهادات «الجامع» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: فَلَا بُدَّ مِنَ البَيِّنَةِ وَهُوَ - أي: البينة على تأويل الشاهد - مُفِيدٌ، وهذا جواب عن قولهما: وَلَا بَيِّنَةَ إِلَّا عَلَى المُنْكِرِ فَلَا يُفِيدُ.

قوله: وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ، هذا كله جواب إشكال ذكره في «الذخيرة» وقال: وإن حضر اثنان من الورثة وطلبا قسمة العقار والباقي غائب، فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار، ويجعل أحد الحاضرين مدعيًا والآخر مدعى عليه، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت وعن باقي الورثة.

ثم قال: فإن قيل: كيف يجعل أحدهما مدعياً عليه، وكل واحدٍ منهما مقرٌّ بما يدعيه صاحبه، والمقر بما يدعيه المدعي لا يصلح خصمًا للمدعي؟

قلنا: كل واحد منهما إنما يقر على الغير، والإقرار على الغير باطل وجوده وعدمه بمنزلة، ألا ترى أن من ادعى على ميت دينًا وأقر به وصيه، فإن المدعي تكلف إقامة البينة وينتصب الوصي خصمًا له، وإن كان الوصيُّ مقرًّا.

قوله: بِخِلَافِ المَنْقُولِ، إلى آخره، يعني: أن معنى النظر للميت في المنقول في القسمة من وجهين:

عَلَى مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ، وَلا كَذَلِكَ العَقَارُ عِنْدَهُ، وَبِخِلَافِ المُشْتَرَى؛ لِأَنَّ المَبِيعَ لا يَبْقَى عَلَى مِلْكِ البَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَقْسِمْ فَلَمْ تَكُنِ القِسْمَةُ قَضَاءً عَلَى الغَيْرِ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَوُا المِلْكَ وَلَمْ يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ،

أحدهما: أن العروض يخشى عليها التوى والتلف، وفي القسمة تحصين وحفظ لها، وأمَّا العقار فمحصن بنفسه لا يخشى عليه التلف، ففي القسمة قضاء على الميت بقطع حقه عنه.

والثاني: أن في العروض ما يأخذ كل واحدٍ منهم بعد القسمة يصير مضمونًا عليه بالقبض في حق غيرهم، ففي جعل ذلك مضمونًا عليهم معنى النظر للميت، وذلك لا يوجد في العقار فإنه لا يصير مضمونًا على من أثبت يده فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، كذا في «المبسوط».

فكان **قوله**: وَلا كَذَلِكَ العَقَارُ عِنْدَهُ - أي: عند أبي حنيفة رحمه الله - وَبِخِلَافِ المُشْتَرَى، معطوفًا على **قوله**: بِخِلَافِ المَنْقُولِ، أي: يقسم القاضي العقار بينهم إذا ادعوا الشراء.

وقال في «المبسوط»: ولو كان في أيديهم دار فأقرُّوا أنَّها دارهم اشتروها من فلان الغائب، وسألوا القاضي قسمتها أجابهم القاضي إلى ذلك، ثم قال في جواب أبي حنيفة رحمه الله عن هذه المسألة فقال:

فأمَّا الشراء فقد رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله في غير الأصول: أن القاضي لا يقسمها بينهم، وسوى بين الشراء والميراث، ولكن على هذا الطريق - أي: على الطريق الثاني الذي ذكرنا لأبي حنيفة رحمه الله - نُسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول: قضاؤه بالقسمة في المشترى لا يتضمن قطع حق البائع؛ لأن بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع بخلاف الميراث.

وقال في «الذخيرة»: بخلاف فصل الشراء على ظاهر الرواية؛ لأن القسمة هناك لا تتضمن بطلان شيء من ملك البائع؛ لأن المشترى بعد القبض ملك المشتري من كل وجه، ولم يبق للبائع فيه حق، ألا ترى أن ما يحدث من الزيادة يحدث على حكم ملك المشتري؟

قوله: وَإِنِ ادَّعَوُا المِلْكَ وَلَمْ يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ، أي: بسبب الميراث، أو بسبب

قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي القِسْمَةِ قَضَاءٌ عَلَى الغَيْرِ، فَإِنَّهُمْ مَا أَقَرُّوا بِالمِلْكِ لِغَيْرِهِمْ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَذِهِ رِوَايَةُ كِتَابِ القِسْمَةِ. (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرْضٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا وَأَرَادَا القِسْمَةَ لَمْ يَقْسِمْهَا حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُمَا) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لِغَيْرِهِمَا، ثُمَّ قِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقِيلَ قَوْلُ الكُلِّ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الحِفْظِ فِي العَقَارِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ، وَقِسْمَةُ المِلْكِ تَفْتَقِرُ إِلَى قِيَامِهِ وَلَا مِلْكَ فَامْتَنَعَ الجَوَازُ.

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى الوَفَاةِ وَعَدَدِ الوَرَثَةِ وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ

الشراء أو بغيرهما.

قوله: قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ، بمجرد دعواهم الملك من غير إقامتهم البينة على ما ادعوا من الملك، ومسألة «الجامع الصغير» على خلاف ذلك؛ حيث اشترطت قسمة بينهم.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: هَذِهِ رِوَايَةُ كِتَابِ القِسْمَةِ، وقوله: هَذِهِ، إشارة إلى قوله: قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ، بمجرد دعواهم الملك من غير إقامتهم البينة على ما ادعوا من الملك، ومسألة «الجامع الصغير» على خلاف ذلك؛ حيث اشترطت هناك إقامة البينة على الملك في حق جواز القسمة، فلذلك أعاد لفظ «الجامع الصغير» في الكتاب، وهذه المسألة في «الجامع الصغير» مذكورة في كتاب القضاء منه، وفيها تفريعات.

ثم قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرْضٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا، أي: بطريق الملك، بدليل قوله: وَقِسْمَةُ المِلْكِ تَفْتَقِرُ إِلَى قِيَامِهِ، أي: قيام الملك.

قوله: ثُمَّ قِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، والإشارة راجعة إلى قوله: لَمْ يَقْسِمْهَا حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ.

قوله: وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا القَاضِي، وقوله: وَالدَّارُ فِي

وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا الْقَاضِي بِطَلَبِ الْحَاضِرِينَ وَيُنَصِّبُ وَكِيلًا يَقْبِضُ نَصِيبَ الْغَائِبِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مَكَانَ الْغَائِبِ صَبِيٌّ يَقْسِمُ وَيُنَصِّبُ وَصِيًّا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ)؛ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ، وَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عِنْدَهُ أَيْضًا خِلَافًا لَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ (وَلَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يَقْسِمْ مَعَ غَيْبَةِ

أَيْدِيهِمْ، وقع سهوًا؛ لأنه لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورةً، وقد ذكر بعد هذا في الكتاب: وَإِنْ كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْوَارِثِ الْغَائِبِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ لَمْ يُقَسَّمْ، والصحيح أن يقول: وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، كما ذكر في «المبسوط» بقوله: وإذا حضر للقاضي اثنان من الورثة والعقار في أيديهما، هكذا وجدتُ بخط شيخي رحمهما الله، وما ذكرناه من السهو هو الصحيح.

وذكر في «المبسوط» في هذه الصورة وقال: وإذا كان في الورثة صغيرًا أو كبيرًا غائبًا والدار في أيدي الكبار الحضور، فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضي بينهم حتى تقوم البينة على أصول المواريث؛ لأنَّها لا تقسم في الفصل الأول مع أن الورثة كلهم كبار حضور، ففي هذا الفصل أَوْلَى أن لا يقسم؛ لأن في قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسمها بينهم، ويعزل حق الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرار الكبار الحضور، وأن الغائب والصغير على حجته كما في الفصل الأول؛ لأن الدار كلها في أيدي الكبار الحضور، وليس في هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب بإخراج شيءٍ من أيديهما، بل فيها نظر لهما بظهور نصيبهما ممَّا في يد الغير، والقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير، وكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير.

وقوله: وَكَذَا لَوْ كَانَ مَكَانَ الْغَائِبِ صَبِيٌّ، برفع صَبِيٌّ، على أنه اسم كان.

قوله: كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، أراد به: **قوله**: لَمْ يَقْسِمْهَا الْقَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ.

قوله: وَلَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يَقْسِمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ، يعني: وإن أقاموا بينة على الشراء.

أَحَدِهِمْ) وَالفَرْقُ أَنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مِلْكُ خِلَافَةٍ حَتَّى يُرَدَّ بِالعَيْبِ وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِالعَيْبِ فِيمَا اشْتَرَاهُ المُورِثُ أَوْ بَاعَ وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ فَانْتَصَبَ أَحَدُهُمَا خَصْمًا عَنِ المَيِّتِ فِيمَا فِي يَدِهِ وَالآخَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَصَارَتِ القِسْمَةُ قَضَاءً بِحَضْرَةِ المُتَخَاصِمِينَ. أَمَّا المِلْكُ الثَّابِتُ بِالشِّرَاءِ مِلْكٌ مُبْتَدَأٌ وَلِهَذَا لا يُرَدُّ بِالعَيْبِ عَلَى بَائِعِ بَائِعِهِ فَلا يَصْلُحُ الحَاضِرُ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ فَوَضَحَ الفَرْقُ (وَإِنْ كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ لَمْ يُقَسَّمْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ مُودِعِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّ القِسْمَةَ قَضَاءٌ عَلَى الغَائِبِ وَالصَّغِيرِ بِاسْتِحْقَاقِ يَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ عَنْهُمَا، وَأَمِينُ الخَصْمِ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنْهُ فِيمَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ، وَالقَضَاءُ مِنْ غَيْرِ الخَصْمِ لا يَجُوزُ. وَلا فَرْقَ فِي هَذَا الفَصْلِ بَيْنَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ وَعَدَمِهَا هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا أُطْلِقَ فِي الكِتَابِ.

قوله: وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ، يعني: لو اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرًّا بالقيمة، ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث.

قوله: وَلا فَرْقَ فِي هَذَا الفَصْلِ، إشارة إلى قوله: وَإِنْ كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ لَمْ يُقَسَّمْ.

قوله: كَمَا أُطْلِقَ فِي الكِتَابِ، وهو قوله: لَمْ يُقَسَّمْ، من غير ذكر إقامة البينة على الإرث، لكن هذا الذي ذكره بإطلاق الجواب بأنه لا يقسم على تقدير إقامة البينة على الإرث أيضاً مخالفٌ لما ذكره في «المبسوط»؛ لأنه قال في «المبسوط»:

وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم يقسمها بإقرار الحضور، حتى تقوم البينة على أصل الميراث؛ لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء

قَالَ: (وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسِمْ وَإِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ)؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ حُضُورِ خَصْمَيْنِ؛ لِأَنَّ الوَاحِدَ لا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصَمًا، وَكَذَا مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الحَاضِرُ اثْنَيْنِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

مما كان في يده عن يده، وكذلك إن كان الكبير أودع ما كان في يده منها رجلًا حتى غاب؛ لأن المودع أمين فلا يكون خصمًا في ذلك، ولا يجوز للقاضي أن يقضي على الغائب بحضور أمينه، فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة، فإذا قامت البينة قبلها القاضي؛ لأنها تقوم لإثبات ولاية القاضي في تركة الميت؛ ولأن الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون خصماً عنه، وينتصب بعضهم خصمًا عن بعضٍ فقلَّما تخلوا تركة عن هذا، فإن الورثة يكثرون ويقلون وقلما يحضرون، فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمكان غائبٍ أو صغيرٍ أدي إلى الضرر، والضرر مدفوع.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: فرواية أنه لا يقسم وإن قامت البينة ما لم يحضر الغائب هي رواية «الجامع»، فكان قوله في الكتاب: هُوَ الصَّحِيحُ، احترازًا عن رواية «المبسوط» وغيره في أنه يقسم إذا قامت البينة، والله تعالى أعلم.

قوله: لِأَنَّ الوَاحِدَ لا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصَمًا؛ وهذا لأن الحاضر إن كان خصمًا عن نفسه فليس هاهنا خصماً عن الميت وعن الغائب، وإن كان هذا الحاضر خصمًا عنهما فليس هاهنا من يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين من الورثة.

والثاني أن الحاضر إذا كان واحدًا فهو غير متظلم في طلب القسمة، ولا طالب للإنصاف؛ إذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضي: اقسمها بيننا كيلا ينتفع بملكي غيري، وأمَّا إذا حضر اثنان فكل واحد منهما بطلب القسمة يسأل القاضي أن يمنع صاحبه عن الانتفاع بنصيبه، وذلك مستقيم، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: فإذا كان بعض الورثة حضورًا والبعض غيبًا، والدار كلها أو بعضها في يد الغائب، وطلب الحاضر القسمة من القاضي وأقام البينة على الميراث، فإن كان

(وَلَوْ كَانَ الحَاضِرُ كَبِيرًا وَصَغِيرًا نَصَبَ القَاضِي عَنِ الصَّغِيرِ وَصِيًّا وَقَسَمَ إذَا

الحاضر واحدًا فالقاضي لا يقبل بينته ولا يقسم الدار، وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصمًا، ويسمع البينة عليه ويقسم الدار.

ووجه ظاهر الرواية أن التركة قبل القسمة إن بقيت على حكم ملك الميت من وجه صارت ملكًا للورثة من وجه، حتى لو أعتق واحد منهم عبدًا من التركة قبل القسمة نفذ العتق في نصيبه، وكل واحد من الورثة بعد القسمة يرتفق بنصيبه وبنصيب شركائه، والحاضر يدعو القسمة كما يدعي إزالةَ ما بقي من ملك الميت يدعي على شركائه قطع الارتفاق وتنصيبه، فلأَن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث أنه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث أنه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك، وليس كما لو ادعى أجنبي دينًا على الميت، وليس للميت وارث ولا وصي له فإن القاضي ينصب عنه وصيًّا؛ لأن ذلك دعوى على الميت من كل وجه، وللقاضي أن ينصب وصيًّا عن الميت، أمَّا هاهنا بخلافه، وإذا لم يكن للقاضي أن ينصب وصيًّا عن الميت، وهذا الواحد لا يصلح خصمًا عن الميت وعن سائر الشركاء؛ لأنه مدعي فلا يصلح مدعًى عليه فتعذر قبول البينة؛ لأن البينة من غير الخصم لا تقبل.

قوله: وَلَوْ كَانَ الحَاضِرُ كَبِيرًا وَصَغِيرًا نَصَبَ القَاضِي عَنِ الصَّغِيرِ وَصِيًّا وَقَسَمَ، اعلم أن هاهنا مسألة لا بد من معرفتها، وهي أن القاضي إنما ينصب وصيًّا عن الصغير إذا كان الصغير حاضرًا، وأمَّا إذا كان غائبًا فلا ينصب عنه وصيًّا، بخلاف الكبير الغائب على قول أبي يوسف رحمه الله فإنه ينصب وصيًّا عن الغائب على قوله على ما ذكرنا، وبخلاف ما إذا وقع الدعوى على الميت فإنه ينصب وصيًّا عن الميت وإن كان المدعي واحدًا على ما ذكرنا.

ثم الفرق بين الصبي الغائب والحاضر في حق نصيب الوصي هو أن الصغير إذا كان حاضرًا فينصب الوصي لأجل الجواب ضرورةً؛ لأن الدعوى قد صحت على الصبي لكونه حاضرًا، إلا أنه عجز عن الجواب فينصب عنه وصيًّا ليجيب خصمه، وأمَّا إذا كان غائبًا فلم تصح الدعوى عليه، ولم يتوجه الجواب عليه، ولم تقع الضرورة على نصب الوصي،

أُقِيمَتِ البَيِّنَةُ، وَكَذَا إِذَا حَضَرَ وَارِثٌ كَبِيرٌ وَمُوصًى لَهُ بِالثُّلُثِ فِيهَا وَطَلَبَا القِسْمَةَ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى المِيرَاثِ وَالوَصِيَّةِ يَقْسِمُهُ) لِاجْتِمَاعِ الخَصْمَيْنِ الكَبِيرِ عَنِ المَيِّتِ وَالمُوصَى لَهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَكَذَا الوَصِيُّ عَنِ الصَّبِيِّ كَأَنَّهُ حَضَرَ بِنَفْسِهِ بَعْدَ البُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَكَذَا إِذَا حَضَرَ وَارِثٌ كَبِيرٌ وَمُوصًى لَهُ بِالثُّلُثِ فِيهَا، أي: في الدار.

اعلم أن الموصى له شريك في هذه الدار فكان بمنزلة الوارث، فإن حضر بنفسه وحده فالقاضي لا يسمع بينته ولا يقسم الدار كما لو حضر واحد من الورثة، فإن حضر هو مع أحد الورثة فالقاضي يسمع بينتهما ويقسم الدار، كما لو حضر وارث، كذا في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لا يُقْسَمُ)

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ) لِأَنَّ القِسْمَةَ حَقٌّ لازِمٌ فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ (وَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ أَحَدُهُمْ وَيَسْتَضِرُّ بِهِ الآخَرُ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ، فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الكَثِيرِ قَسَمَ، وَإِنْ

فصل فيما يقسم وفي ما لا يقسم

لمَّا تنوعت مسائل القسمة على هذين النوعين، أي: ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما.

قوله: فِيمَا يَحْتَمِلُهَا، أي: فيما يحتمل القسمة.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، إشارة إلى قوله: إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ القَاضِي عَلَى القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الإِفْرَازِ لِتَقَارُبِ المَقَاصِدِ وَالمُبَادَلَةُ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، إلى آخره.

قوله: فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الكَثِيرِ قَسَمَ، أي: وإن أبى صاحب القليل عندنا، فكان معنى قوله: قَسَمَ، أي: قسم القاضي جبرًا على من أبى، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: لا يقسمها.

وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصبائهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم، وإن كان الطالب لها صاحب القليل لم يقسمها إذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة، وعلى قول ابن أبي ليلى: لا يقسمها عند إباء بعضهم، إلا إذا كان كل واحدٍ منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة؛ لأن المقصود بالقسمه تحصيل المنفعة لا تفويتها، والمعتبر

طَلَبَ صَاحِبُ القَلِيلِ لَمْ يَقْسِمْ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ يَنْتَفِعُ بِهِ فَيُعْتَبَرَ طَلَبُهُ، وَالثَّانِي مُتَعَنِّتٌ فِي طَلَبِهِ فَلَمْ يُعْتَبَرْ، وَذَكَرَ الجَصَّاصُ عَلَى قَلْبِ هَذَا؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الكَثِيرِ يُرِيدُ الإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ وَالآخَرُ يَرْضَى بِضَرَرِ نَفْسِهِ وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّ أَيَّهُمَا طَلَبَ القِسْمَةَ يَقْسِمُ القَاضِي، وَالوَجْهُ انْدَرَجَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَالأَصَحُّ المَذْكُورُ

في القسمة المعادلة بين الشركاء في المنفعة، فإذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر، والقاضي لا يجبر الشركاء على مثله، كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة.

ولنا أن الطالب للقسمة يطلب الإنصاف من القاضي ولا يتعنت؛ لأنه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه، ويمنع غيره من الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب الإنصاف فعلى القاضي أن يجيبه إلى ذلك، بخلاف ما إذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه؛ لأنه يتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد.

قوله: وَذَكَرَ الجَصَّاصُ عَلَى قَلْبِ هَذَا، وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير، وذكر في بعض النسخ الخصَّاف مكان الجصاص، والأصح أنه يذكر الجصاص؛ لأنه الموافق لرواية «فتاوى قاضي خان» وغيرها، بل قول الخصاف ما هو المذكور أولًا، هكذا ذكر في «الذخيرة»، و «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَالأَصَحُّ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ الأَوَّلُ، وهو قوله: **فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الكَثِيرِ قَسَمَ، وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ القَلِيلِ لَمْ يَقْسِمْ**، ووجه الأصح هو أن رضاء صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئًا، وإنما الملزم طلبه الإنصاف من القاضي وإيصاله إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل، ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعًا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما، فكذلك إذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَالوَجْهُ انْدَرَجَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ؛ لأنه لمَّا أقام الدليل على اعتبار قول صاحب الكثير

فِي الكِتَابِ وَهُوَ الأَوَّلُ (وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَضِرُّ لِصِغَرِهِ لَمْ يَقْسِمْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا)؛ لِأَنَّ الجَبْرَ عَلَى القِسْمَةِ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ، وَفِي هَذَا تَفْوِيتُهَا، وَتَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا وَهُمَا أَعْرَفُ بِشَأْنِهِمَا. أَمَّا القَاضِي فَيَعْتَمِدُ الظَّاهِرَ.

قَالَ: (وَيُقْسَمُ العُرُوضُ إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ يَتَّحِدُ المَقْصُودُ فَيَحْصُلَ التَّعْدِيلُ فِي القِسْمَةِ وَالتَّكْمِيلُ فِي المَنْفَعَةِ (وَلَا يَقْسِمُ الجِنْسَيْنِ

بقوله: لِأَنَّ الأَوَّلَ يَنْتَفِعُ بِهِ، وأقام الدليل أيضًا على اعتبار قول صاحب القليل وهو قول الجصاص بقوله: لِأَنَّ صَاحِبَ الكَثِيرِ يُرِيدُ الإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ، وَالآخَرُ يَرْضَى بِضَرَرِ نَفْسِهِ، كان مقيمًا الدليل بقول الحاكم رحمه الله أيضًا لا محالة.

قوله: وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَضِرُّ لِصِغَرِهِ - بأن كان بيتًا صغيرًا بينهما - لَمْ يَقْسِمْهَا، أي: عند طلب أحدهما؛ لأن الطالب للقسمة منهما متعنت.

فإن قيل: القسمة يتمكن كل واحدٍ منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك، والطالب منهما إنما يقصد التعنت والإضرار بشريكه فلا يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين؛ لأن في قسمته ضررًا، والمقصود بالقسمة إيصال منفعة الملك إلى كل واحد من الشركاء، وفي الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة؛ لأن كل واحدٍ منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع به قبل القسمة، فلا يقسمه القاضي بينهم؛ لأنه لا يشتغل بما لا يفيد ولا بما فيه إضرار، ولو اقتسموا بينهم بالتراضي لم يمنعهم من ذلك؛ لأنَّهم لو أقدموا على إتلاف الملك لم يمنعهم ذلك في الحكم، فكذا إذا تراضوا على القسمة فيما بينهم، كذا في «المبسوط».

قوله: وَيُقْسَمُ العُرُوضُ، أي: جبرًا إذا كان من صنف واحدٍ؛ لأن في حق التراضي لا يشترط الصنف الواحد، ويدل على هذا أيضًا سياق قوله: وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ القَاضِي، ويدل عليه أيضًا ما ذكره في «المبسوط» بلفظ الإجبار صريحًا حيث قال:

بَعْضَهُمَا فِي بَعْضٍ)؛ لِأَنَّهُ لا اخْتِلَاطَ بَيْنَ الجِنْسَيْنِ فَلَا تَقَعُ القِسْمَةُ تَمْيِيزًا بَلْ تَقَعُ مُعَاوَضَةً، وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ القَاضِي (وَيَقْسِمُ كُلَّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ كَثِيرٍ أَوْ قَلِيلٍ وَالمَعْدُودِ المُتَقَارِبِ وَتِبْرِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالحَدِيدِ وَالنُّحَاسِ وَالإِبِلِ بِانْفِرَادِهَا وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ وَلا يَقْسِمُ شَاةً وَبَعِيرًا وَبِرْذَوْنًا وَحِمَارًا وَلا يَقْسِمُ الأَوَانِيَ)؛

وإذا كان الغنم بين قوم ميراثًا أو شراءً فأراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم، وقامت البينة على الأصل فإن القاضي يقسمها بينهم؛ لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود، فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة، وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية إجبار بعض الشركاء عليه، وكذلك كل صنفٍ من الحيوان أو غيره من الثياب، أو ما يكال، أو يوزن، فعند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء إلا في الرقيق.

وقوله: وَالإِبِلِ، بالنصب بالعطف على كل موزون، وفي بعض النسخ: والآنك، وهو مناسبٌ لما قبله، وذكر الإبل مناسبٌ لما بعده.

قوله: وَلا يَقْسِمُ شَاةً وَبَعِيرًا وَبِرْذَوْنًا وَحِمَارًا، أي: لا يقسم جبرًا في هذه الأشياء قسمة جمع، بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة، ونصيب الآخر في البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم جميعًا على ما يستحقون منها، وكذلك في البعير وغيره؛ لأن الأجناس إذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع قطعًا لبعض المنفعة لا تكميلًا، إلى هذا أشار في «الإيضاح».

وقال في «الذخيرة»: فالحاصل أن القاضي لا يقسم الأجناس المختلفة من كل وجهٍ قسمة جمع إذا أبى ذلك بعض الشركاء، بأن كان بين رجلين إبل وبقر وغنم وطلب أحدهما من القاضي أن يجمع نصيبه في الإبل، أو في البقر، فالقاضي لا يقسم على هذا الوجه، وفي الجنس المتحد يقسم الأعداد قسمة جمع عند طلب البعض بأن كان بين رجلين غنم كثير، أو كان بينهما إبل كثيرة، فطلب أحدهما من القاضي أن يجمع نصيبه في طائفة فعلى القاضي ذلك.

قوله: وَلا يَقْسِمُ الأَوَانِيَ، أي: التحقت الأواني بالأجناس المختلفة بسبب الصنعة

لِأَنَّهَا بِاخْتِلَافِ الصَّنْعَةِ الْتَحَقَتْ بِالأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ (وَيَقْسِمُ الثِّيَابَ الْهَرَوِيَّةَ) لِاتِّحَادِ الصِّنْفِ (وَلَا يَقْسِمُ ثَوْبًا وَاحِدًا) لِاشْتِمَالِ الْقِسْمَةِ عَلَى الضَّرَرِ إِذْ هِيَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْقَطْعِ (وَلَا ثَوْبَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمَا) لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ

وإن كان أصلها واحدًا كالإجانة، والقمقم، والطشت المتخذة من الصفر مثلًا، فلذلك لا يقسمها القاضي بينهم جبرًا، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن إذا اختلفت بالصنعة، كالقباء، والجبة، والقميص، لا يقسم القاضي بعضها في بعض.

قوله: وَيَقْسِمُ الثِّيَابَ الْهَرَوِيَّةَ لِاتِّحَادِ الصِّنْفِ، هذا احتراز عن اختلاف الصنف؛ لأنه ذكر في «المبسوط» فقال:

وإن كان الذي بين الشركاء ثوبًا زُطيًّا، وثوبًا هرويًّا، ووسادةً، وبساطًا لم يقسمه إلا برضاه؛ لأن في الأجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة، فإن كل واحدٍ من الشريكين يتملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضًا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر، وفي المعاوضات لا بدَّ من التراضي.

قوله: وَلَا يَقْسِمُ ثَوْبًا وَاحِدًا، أي: عند طلب أحد الشريكين دون الآخر لاشتمال القسمة على الضرر، فإنه يحتاج إلى قطع الثوب بينهما، وفي قطعه إتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء، فإن رضيا بذلك جميعًا قسمه بينهما لوجود الرضاء منهما بالتزام هذا الضرر.

وقد قال بعض مشايخنا: القاضي لا يفعل ذلك وإن تراضيا عليه، ولكن لو اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك؛ لأن في هذه القسمة إتلاف جزء، والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ، أي: فإن القاضي يقسم ثلاثة أثواب بين رجلين.

وفي «المبسوط»: ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر، فإنِّي أنظر في ذلك إن كانت قسمتها تستقيم من غير قطع، بأن تكون قيمة ثوبين مثل

إذَا جُعِلَ ثَوْبٌ بِثَوْبَيْنِ أَوْ ثَوْبٌ وَرُبْعُ ثَوْبٍ بِثَوْبٍ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ ثَوْبٍ؛ لِأَنَّهُ قِسْمَةُ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ وَذَلِكَ جَائِزٌ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَقْسِمُ الرَّقِيقَ وَالجَوَاهِرَ) لِتَفَاوُتِهِمَا (وَقَالا: يَقْسِمُ الرَّقِيقَ) لِاتِّحَادِ الجِنْسِ كَمَا فِي الإِبِلِ وَالغَنَمِ وَرَقِيقِ المَغْنَمِ،

قيمة الثالث فإن القاضي يقسمها بينهما، فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبًا، وإن كان لا يستقيم لم يقسمها بينهم إلا أن يتراضوا فيما بينهما على شيء، هكذا قال في الكتاب.

والأصح أن يقال: إن استوت القيمة فكان نصيب كل واحدٍ منهما ثوبًا ونصفًا فإنه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركًا، وكذلك إن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبًا وثلثي الآخر، والقسم الآخر ثوبًا وثلث الآخر، أو أحد القسمين ثوبًا وربعًا والآخر ثوبًا وثلاثة أرباع، فإنه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركًا؛ لأنه يتيسر عليه التميز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل كأن يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء، وكذلك إذا تيسَّر ذلك في البعض.

وقوله: وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعٍ، بالجر بالعطف على ثوب.

قوله: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لا يَقْسِمُ الرَّقِيقَ وَالجَوَاهِرَ، أي: لا يجبر على القسمة عند إباء البعض، كما كان يجبر على القسمة عند اتحاد جنس الحيوانات من الإبل والبقر على ما ذكرنا، وعندهما يجبر عليها كما في الإبل والغنم.

وحاصله: أن الرقيق إذا كان بين رجلين فهو على وجوه:

إن كان مع الرقيق دوابٌ، أو عروضٌ، أو شيء آخر قسم القاضي الكل بينهم في قولهم، وإن لم يكن مع الرقيق شيء آخر، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا لا يقسم إلا برضاهم، وإن كان الكل ذكورًا أو إناثًا ليس في الرقيق شيء آخر فطلب بعض الورثة قسمتها وأبى البعض، أو أبى أحد الورثة لا يقسم القاضي بينهم في قول أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُجبرهم على ذلك، وقال صاحباه: يقسم ويجبرهم على القسمة، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

وَلَهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الآدَمِيِّ فَاحِشٌ لِتَفَاوُتِ المَعَانِي البَاطِنَةِ فَصَارَ كَالجِنْسِ المُخْتَلِفِ بِخِلَافِ الحَيَوَانَاتِ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ وَمِنَ الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ، بِخِلَافِ المَغَانِمِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الغَانِمِينَ فِي المَالِيَّةِ حَتَّى كَانَ لِلْإِمَامِ بَيْعُهَا وَقِسْمَةُ ثَمَنِهَا وَهُنَا يَتَعَلَّقُ بِالعَيْنِ وَالمَالِيَّةِ جَمِيعًا فَافْتَرَقَا وَأَمَّا الجَوَاهِرُ فَقَدْ قِيلَ إِذَا اخْتَلَفَ الجِنْسُ

والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز الإجبار على قسمة الرقيق إلا أن يكون مع الرقيق شيء آخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب، فيقسم القاضي الكل قسمة جمع.

وكان أبوبكر الرازي رحمه الله يقول: تأويل هذه المسألة أن يقسم ذلك برضاء الشركاء، فأمَّا مع كراهة بعضهم فالقاضي لا يقسم؛ لأنه إذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند أبي حنيفة رحمه الله، فعند اختلاف الجنس أَوْلَى، والأظهر أن قسمة الجبر تجري هاهنا عند أبي حنيفة رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلًا في القسمة، وحكم القسمة جبرًا يثبت فيه، فيثبت في الرقيق أيضًا تبعًا، وقد ثبت حكم العقد في الشيء تبعًا وإن كان لا يجوز إثباته مقصودًا، كالشرب، والطريق في البيع، والمنقولات في الوقف، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَلَهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الآدَمِيِّ فَاحِشٌ لِتَفَاوُتِ المَعَانِي البَاطِنَةِ، كالدهن، والكياسة؛ لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ومنهم من يصلح للتجارة، ومنهم من يصلح للفروسية، والخياطة، والكتابة، فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع، فلم يكن ذلك قسمةً وإفرازًا فلم يصر مستحقة كقسمة الحمام، والأجناس المختلفة.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ وَمِنَ الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ، حتى إذا اشترى شخصًا على أنه عبد فإذا هو جارية، بخلاف سائر الحيوانات، أي: لا ينعقد العقد في الأول، وفي الثاني ينعقد.

فإن قلتَ: ما جواب أبي حنيفة رحمه الله عما لو قالا: أن الرقيق كسائر الحيوانات

لا يَقْسِمُ كَاللَّآلِئِ وَاليَوَاقِيتِ وَقِيلَ لا يَقْسِمُ الكِبَارَ مِنْهَا لِكَثْرَةِ التَّفَاوُتِ، وَيَقْسِمُ الصِّغَارَ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَقِيلَ يَجْرِي الجَوَابُ عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّ جَهَالَةَ الجَوَاهِرِ أَفْحَشُ مِنْ جَهَالَةِ الرَّقِيقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى لُؤْلُؤَةٍ أَوْ يَاقُوتَةٍ أَوْ خَالَعَ عَلَيْهَا لا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ، وَيَصِحُّ ذَلِكَ عَلَى عَبْدٍ فَأَوْلَى أَنْ لا يُجْبَرَ عَلَى القِسْمَةِ.

قَالَ: (وَلَا يُقْسَمُ حَمَّامٌ وَلَا بِئْرٌ، وَلَا رَحًى إِلَّا بِتَرَاضِي الشُّرَكَاءِ، وَكَذَا الحَائِطُ بَيْنَ الدَّارَيْنِ) لِأَنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ فِي الطَّرَفَيْنِ، إِذْ لا يَبْقَى كُلُّ نَصِيبٍ مُنْتَفَعًا بِهِ انْتِفَاعًا مَقْصُودًا فَلَا يَقْسِمُ القَاضِي بِخِلَافِ التَّرَاضِي لِمَا بَيَّنَّا.

في سائر العقود، ألا ترى أنَّها تثبت في الذمة مهرًا ولا يثبت سلمـًا، فيجب أن يجعل في القسمة أيضًا كسائر الحيوانات؛ وهذا لأنه لو تزوج امرأةً على عبد صحت التسمية، ولو كانت الجهالة جهالةً فاحشةً لما صحت كما إذا تزوج امرأةً على ثوب أو حيوان.

قلتُ: جوابه أن الجهالة في الرقيق جهالة فاحشة كجهالة الجنس، إلا أن تلك الجهالة غير مانعة لأصل التسمية في النكاح؛ لأن تلك الجهالة المتفاحشة موجودة بين أنواع مهر المثل، فلمَّا لم يفسد اعتبار تلك الجهالة وإن فحشت لم يعتبر ما دونه من الجهالة فيه أيضًا، والحجة الظاهرة لأبي حنيفة رضي الله عنه ما قاله أصحابنا جميعًا فيمن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة، فاشترى المضارب بها عبدين كل واحدٍ منهما يساوي ألفًا إن عتق المضارب لا ينفذ، ولو كان تجب القسمة جميعًا لصار الربع من كل عبد للمضارب، فكان ينفذ عتقه كما إذا كان عبدًا واحدًا قيمته ألفان، وكذلك لا يلزمه الزكاة في نصيبه، ولو اعتبرنا جنسًا واحدًا لوجب كما إذا اشترى أغنامًا تساوي ألفين فإن الزكاة تلزم في نصيبه، فحيث قالوا بأنه لا يملك شيئـًا من العبدين تبيَّن أنه يعتبر كل عبد على حدة، كأن ليس معه غيره في حق إثبات الشركة بينهما، وعند ذلك لا يفضل شيء من العبيد عن رأس المال فلم يثبت له ملك، فكانت هذه المسألة ناقضة لما قالا، هذا كله ممَّا ذكر في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: فَلَا يَقْسِمُ القَاضِي بِخِلَافِ التَّرَاضِي لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى ما ذكره في أوائل هذا

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةً فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ قَسَمَ كُلَّ دَارٍ عَلَى حِدَتِهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِنْ كَانَ الأَصْلَحُ لَهُمْ قِسْمَةَ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ قَسَمَهَا) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الأَقْرِحَةُ المُتَفَرِّقَةُ المُشْتَرَكَةُ لَهُمَا أَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ اسْمًا وَصُورَةً، وَنَظَرًا إِلَى أَصْلِ السُّكْنَى أَجْنَاسٌ مَعْنًى نَظَرًا إِلَى اخْتِلَافِ المَقَاصِدِ، وَوُجُوهِ السُّكْنَى فَيُفَوَّضُ التَّرْجِيحُ إِلَى القَاضِي.

الفصل بقوله: وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَضِرُّ لِصِغَرِهِ لَمْ يَقْسِمْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا؛ لِأَنَّ الجَبْرَ عَلَى القِسْمَةِ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ، إلى آخره.

القراح من الأرض: كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر، ولا شائبُ سبخٍ، وقد يجمع على أقرحة كمكان وأمكنة، وزمان وأزمنة، كذا في «المغرب».

وذكر في «المبسوط»: وإذا كانت الدور بين قوم فأراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة، وأبى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة، ولم يضم بعض أنصبائهم إلى بعض إلا أن يصطلحوا على ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الرأي في ذلك إلى القاضي، وينبغي أن ينظر في ذلك، فإن كانت أنصباء أحدهم إذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك؛ لأن المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية، والمقصود دفع الضرر، وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم ليفرق نصيبه، وإذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار وينتفع بذلك، والقاضي نصب ناظرًا فيمضي قضاؤه على وجه يرى النظر فيه.

قوله: فَيُفَوَّضُ التَّرْجِيحُ إِلَى القَاضِي، أي: الرأي في ذلك إلى القاضي، إن رأى أن النظر في أن يقسم كل دار على حدة فعل، وإن رأى أن يقسم جملة فعل، كذا في «الفتاوى الظهيرية».

ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة رحمه الله: الدور، والبيوت، والمنازل، فالدور سواء كانت متفرقة أو متلازقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضاء الشريك، والبيوت تقسم

وَلَهُ أَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَى وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ وَالْمَحَالِّ وَالْجِيرَانِ وَالْقُرْبِ إلَى الْمَسْجِدِ وَالْمَاءِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا فَلَا يُمْكِنُ التَّعْدِيلُ فِي الْقِسْمَةِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ دَارٍ، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى دَارٍ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ كَمَا هُوَ الْحُكْمُ فِيهِمَا فِي الثَّوْبِ بِخِلَافِ الدَّارِ الْوَاحِدَةِ إذَا اخْتَلَفَتْ بُيُوتُهَا؛ لِأَنَّ فِي قِسْمَةِ كُلِّ بَيْتٍ عَلَى حِدَةٍ ضَرَرًا فَقُسِمَتِ الدَّارُ قِسْمَةً وَاحِدَةً.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: تَقْيِيدُ الْوَضْعِ فِي الْكِتَابِ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ الدَّارَيْنِ إذَا كَانَتَا فِي مِصْرَيْنِ لَا تَجْتَمِعَانِ فِي الْقِسْمَةِ عِنْدَهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةُ هِلَالٍ عَنْهُمَا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُقَسِّمُ إحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى وَالْبُيُوتُ فِي مُحَلَّةٍ أَوْ مَحَالٍ تُقَسَّمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا بَيْنَهَا يَسِيرٌ، وَالْمَنَازِلُ الْمُتَلَازِقَةُ كَالْبُيُوتِ وَالْمُتَبَايِنَةُ كَالدُّورِ؛ لِأَنَّهُ بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَأَخَذَ شَبَهًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ.

قسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد؛ لأنها تتقارب في معنى السكنى، والبيت اسم لسقف واحدٍ له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادةً، ألا ترى أنَّها تؤاجر بأجر واحدٍ في كل محلةٍ فيقسم قسمة واحدة، والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقاً بعضها ببعض تقسم قسمة واحدةً، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة، سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أقصاها، وبعضها في أدناها؛ لأن المنزل فوق البيت دون الدار، فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور، فهي تشبه البيوت من وجهٍ والدور من وجه، فلشبهها بالبيوت قلنا: إذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت فيها نقل في مكان واحدٍ، ولشبهها بالدور قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة، وهما في الفصول كلها يقولان: ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه فتمضي القسمة على ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن المنزل - بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ عَلَى مَا مَرَّ، أي: في باب الحقوق

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ وَضِيعَةٌ أَوْ دَارٌ وَحَانُوتٌ قُسِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حِدَةٍ) لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: جَعَلَ الدَّارَ وَالحَانُوتَ جِنْسَيْنِ، وَكَذَا ذَكَرَ الخَصَّافُ وَقَالَ فِي إِجَارَاتِ الأَصْلِ: إِنَّ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالحَانُوتِ لَا تَجُوزُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ، فَيُجْعَلَ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ أَوْ تُبْنَى حُرْمَةُ الرِّبَا هُنَالِكَ عَلَى شُبْهَةِ المُجَانَسَةِ.

من كتاب البيوع.

قوله: إِنَّ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالحَانُوتِ لَا تَجُوزُ، أي: إجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز، أمَّا جعل عين الحانوت أجرة لمنافع الدار فيجوز، وإنما لا يجوز جعل منافع الحانوت أجرة لمنافع الدار.

قوله: أَوْ تُبْنَى حُرْمَةُ الرِّبَا هُنَالِكَ، أي: في إجارات «الأصل»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ)

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ) لِيُمْكِنَهُ حِفْظُهُ (وَيَعْدِلَهُ) يَعْنِي يُسَوِّيَهُ عَلَى سِهَامِ القِسْمَةِ وَيُرْوَى يَعْزِلَهُ: أَيْ يَقْطَعَهُ بِالقِسْمَةِ عَنْ غَيْرِهِ (وَيَذْرَعَهُ) لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ (وَيُقَوِّمَ البِنَاءَ) لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ فِي الآخِرَةِ (وَيَفْرِزَ كُلَّ نَصِيبٍ عَنِ البَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشُرْبِهِ حَتَّى لا يَكُونَ لِنَصِيبِ بَعْضِهِمْ بِنَصِيبِ الآخَرِ تَعَلُّقٌ) فَتَنْقَطِعَ المُنَازَعَةُ وَيَتَحَقَّقَ مَعْنَى القِسْمَةِ عَلَى التَّمَامِ (ثُمَّ يُلَقِّبَ نَصِيبًا بِالأَوَّلِ، وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّانِي وَالثَّالِثُ عَلَى هَذَا

فصل في كيفية القسمة

لمَّا فرغ من بيان ما يقسم وما لايقسم احتاج إلى بيان كيفية القسمة فيما يقسم؛ لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القيمة الذي هو الموصوف.

قوله: وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ، يعني: (صورت بر كشد بر كاغذ آنچه را كه قسمت مى كند)، أي: يصوره على قرطاس ليرفع ذلك القرطاس إلى القاضي حتى يتولى الإقراع بينهم بنفسه، أي: إن لم يأمره بالإقراع.

قوله: وَيَفْرِزَ كُلَّ نَصِيبٍ، لتقطع المنازعة بينهم، ثم يكتب أساميهم ويجعلها قرعة.

قوله: ثُمَّ يُلَقِّبَ نَصِيبًا بِالأَوَّلِ، إلى آخره، يعني: إذا كان لأحدهم نصف، وللآخر ثلث، وللثالث سدس يلقب النصف بالأول، والثلث بالثاني، والسدس بالثالث، فإن خرج السدس أولًا يدفع من السهم الأول وهو النصف، فإن خرج بعده النصف يضم ما يليه حتى يتم النصف ويدفع إلى صاحبه، ثم وثم إلى آخره.

ثُمَّ يُخْرِجَ القُرْعَةَ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلًا فَلَهُ السَّهْمُ الأَوَّلُ، وَمَنْ خَرَجَ ثَانِيًا فَلَهُ السَّهْمُ الثَّانِي) وَالأَصْلُ أَنْ يَنْظُرَ فِي ذَلِكَ إِلَى أَقَلِّ الأَنْصِبَاءِ، حَتَّى إِذَا كَانَ الأَقَلُّ ثُلُثًا جَعَلَهَا أَثْلَاثًا، وَإِنْ كَانَ سُدُسًا جَعَلَهَا أَسْدَاسًا لِتَمَكُّنِ القِسْمَةِ، وَقَدْ شَرَحْنَاهُ مُشْبَعًا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى بِتَوْفِيقِ اللهِ تَعَالَى.

وقال الإمام مولانا حميد الدين رحمه الله: صورته أرضٌ بين جماعة لأحدهم سدسها، وللآخر نصفها، ولآخر ثلثها، يجعلها في ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول، والذي يليه بالثاني، والثالث على هذا، ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة ثم يليقها في كمه، فمن خرج اسمه أولًا فله السهم الأول، فإن كانَ ذلك بقي بسهمه بأن كان صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول واللذان يليانه.

وفي «فتاوى قاضي خان»: ثلاثة نفر بينهم أراض لأحدهم عشرة أسهم، وللثاني خمسة أسهم، وللثالث سهم واحد، فأرادوا قسمتها وأراد صاحب العشرة الأسهم أن تقع سهامه متصلة بموضع واحدٍ، ولا يرضى بذلك الذي له سهم واحد، قسمت الأراضي بينهم متصله كانت أو متفرقة على قدر سهامهم، عشرة لواحدٍ، وخمسة لآخر، وسهم للثالث، ويجعل الأراضي على عدد سهامهم، يعني: ستة عشر سهمًا بعد أن عدلت وسويت، ثم يجعل بنادق سهامهم على عدد سهامهم ويقرع بينهم.

البندقة: طينة مدورة يرمي بها، يعني: يكتب أسامي أصحاب السهام في كاغذه ثم يجعل هي في البندقة، فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام وهو أول السهام، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي؟ فإن كانت لصاحب العشرة من البنادق العشرة يعطى له ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذي وُضع البندقة عليه، فيكون سهام صاحبها على الاتصال، ثم يقرع بين الستة كذلك فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف الستة الباقية، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي؟ فإن كانت لصاحب الخمسة من البنادق الخمسة يُعطى له ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم، ويبقى السهم الواحد لصاحب الواحد، وإن كانت

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: وَيَفرزَ كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشُرْبِهِ بَيَانُ الأَفْضَلِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَوْ لَمْ يُمْكِنْ جَازَ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ بِتَفْصِيلِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَالقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ القُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تُهْمَةِ المِيلِ، حَتَّى لَوْ عَيَّنَ لِكُلٍّ مِنْهُمْ نَصِيبًا مِنْ غَيْرِ إِقْرَاعٍ جَازَ؛ لِأَنَّهُ

هي البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضع عليه البندقة، وتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة.

قوله: وَالقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ القُلُوبِ، إلى آخره، هذا جواب الاستحسان عن وجه القياس.

وقال في «المبسوط»: واستعمال القرعة للقاسم لا بأس به وهو استحسان، وفي القياس هذا لا يستقيم؛ لأنه في معنى القمار فإنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة، والقمار حرام، ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب، ودعوى الملك، وتعين العتق، ثم هذا في معنى الاستقسام بالأزلام الذي كان يعتادُه أهل الجاهلية، وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على أنه رجس وفسق، ولكنا تركنا هذا بالسنة، والتعامل الظاهرة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر.

ثم هذا ليس في معنى القمار، ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه، وفي هذا الموضع أصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة؛ لأن القاسم لو قال: أنا عدلتُ في القسمة فخذ أنتَ هذا الجانب وأنتَ هذا الجانب، كان مستقيمًا إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء، ونفي تهمة المثل عن نفسه، وذلك جائز، ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ۝﴾ [الصافات: ١٤١]؛ وذلك لأنه علم أنه هو المقصود، ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلى ما لا يليق بالأنبياء، فاستعمل القرعة لذلك.

وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم رضي الله عنها إلى نفسه، وقد كان علم أنه أحق بها منه؛ لأن خالتها كانت عنده ولكنه استعمل القرعة تطييبًا لقلوبهم، قال الله تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

فِي مَعْنَى القَضَاءِ فَيَمْلِكُ الإِلْزَامَ.

قَالَ: (وَلَا يَدْخُلُ فِي القِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالقِسْمَةُ مِنْ حُقُوقِ الِاشْتِرَاكِ)؛ وَلِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ التَّعْدِيلُ فِي القِسْمَةِ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصِلُ إِلَى عَيْنِ العَقَارِ وَدَرَاهِمُ الآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ وَلَعَلَّهَا لَا تُسَلَّمُ لَهُ (وَإِذَا كَانَ أَرْضٌ وَبِنَاءٌ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقْسِمُ كُلَّ ذَلِكَ عَلَى اعْتِبَارِ القِيمَةِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ

ثم إن كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه، فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام، كما لا يلتفت إلى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة، وإن كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فيرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك، إلا إذا خرج السهام كلها إلا واحدًا؛ لأن التمييز هاهنا يعتمد التراضي بينهم، فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم، فكان هذا كالرجوع عن الإيجاب قبل قبول المشتري، فأمّا إذا خرج جميع السهام إلا واحدًا فقد تمَّت القسمة؛ لأن نصيب ذلك الواحد تعيَّن خرج أو لم يخرج، فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة.

قوله: فَيَمْلِكُ الإِلْزَامَ، أي: القاضي، أو القاسم بنيابته.

قوله: وَلَا يَدْخُلُ فِي القِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ، أي: الدراهم التي ليست في التركة لا تدخل ليجبر بها نقصان بعض الأنصباء، بل يجبر النقصان بشيء من التركة.

صورته: دار بين جماعة فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض يجعل العوض من الأرض لا من الدراهم إلا إذا تعذر، على ما ذكر في الكتاب.

وإنما قلنا هكذا؛ لأنه ذكر قبل هذا: وَلَا يَقْسِمُ الجِنْسَيْنِ؛ لأنه علل المسألة **بقوله:** لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ.

قوله: وَدَرَاهِمُ الآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ، أي: وقت القسمة.

اعْتِبَارُ المُعَادَلَةِ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَقْسِمُ الأَرْضَ بِالمَسَّاحَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ فِي المَمْسُوحَاتِ، ثُمَّ يَرُدُّ مَنْ وَقَعَ البِنَاءُ فِي نَصِيبِهِ أَوْ مَنْ كَانَ نَصِيبُهُ أَجْوَدَ دَرَاهِمَ عَلَى الآخَرِ حَتَّى يُسَاوِيَهُ فَتَدْخُلَ الدَّرَاهِمُ فِي القِسْمَةِ ضَرُورَةً كَالأَخِ لا وِلَايَةَ لَهُ فِي المَالِ، ثُمَّ يَمْلِكُ تَسْمِيَةَ الصَّدَاقِ ضَرُورَةَ التَّزْوِيجِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى شَرِيكِهِ بِمُقَابَلَةِ البِنَاءِ مَا يُسَاوِيهِ مِنَ العَرْصَةِ، وَإِذَا بَقِيَ فَضْلٌ وَلَمْ يُمْكِنْ تَحْقِيقُ التَّسْوِيَةِ بِأَنْ كَانَ لا تَفِي العَرْصَةُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ فَحِينَئِذٍ يُرَدُّ لِلْفَضْلِ دَرَاهِمُ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ فِي هَذَا القَدْرِ فَلَا يُتْرَكُ الأَصْلُ إِلَّا بِهَا. وَهَذَا يُوَافِقُ رِوَايَةَ الأَصْلِ.

قَالَ: (فَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمْ وَلِأَحَدِهِمْ مَسِيلٌ فِي نَصِيبِ الآخَرِ أَوْ طَرِيقٌ لَمْ يَشْتَرِطْ فِي القِسْمَةِ)، فَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ عَنْهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطْرِقَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى القِسْمَةِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ (وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فُسِخَتِ القِسْمَةُ)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ مُخْتَلَّةٌ لِبَقَاءِ الِاخْتِلَاطِ فَتُسْتَأْنَفُ بِخِلَافِ البَيْعِ حَيْثُ لا يَفْسُدُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ تَمَلُّكُ العَيْنِ، وَأَنَّهُ يُجَامِعُ تَعَذُّرَ الِانْتِفَاعِ

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ حَيْثُ لا يَفْسُدُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ - وهي ما إذا باع دارًا أو أرضًا، ولا يتمكن المشتري من الاستطراق، ولا من تسييل الماء إلى الأرض - لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ - أي: من البيع - تَمَلُّكُ العَيْنِ - أي: للمشتري - وَأَنَّهُ يُجَامِعُ تَعَذُّرَ الِانْتِفَاعِ، كبيع الجحش الذي هو غير منتفع به في الحال فإنه يجوز.

وذكر في «المبسوط»: وإن لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة، بخلاف البيع فإنه يكون صحيحًا وإن لم يذكر الحقوق والمرافق؛ لأن المقصود بالبيع ملك العين، وهذا

فِي الحَالِ، أَمَّا القِسْمَةُ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَلا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِالطَّرِيقِ، وَلَوْ ذَكَرَ الحُقُوقَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ كَذَلِكَ الجَوَابُ؛ لِأَنَّ مَعْنَى القِسْمَةِ الإِفْرَازُ وَالتَّمْيِيزُ، وَتَمَامُ ذَلِكَ بِأَنْ لا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ تَعَلُّقٌ بِنَصِيبِ الآخَرِ وَقَدْ أَمْكَنَ تَحْقِيقُهُ بِصَرْفِ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ إِلَى غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ فَيُصَارَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ إِذَا ذُكِرَ فِيهِ

المقصود يتم للمشتري وإن كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له، كمن اشترى مُهرًا صغيرًا، أو أرضـًا سَبِخة فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع بالمشترَى؛ وهذا لأنه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له، فأمَّا في القسمة فالمقصود إيصال كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه، فإذا لم يكن له مفتح إلى الطريق ولا مسيل ماء وهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز، إلا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك على أنَّهما قصدا إدخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة، لعلمهما بأن القسمة لا تصح بدونها في هذا الموضع.

قوله: وَلَوْ ذَكَرَ الحُقُوقَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، أي: فيما إذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه، ثم المراد من ذكر الحقوق أي: مطلقًا بأن قال: هذا لك بحقوقه، فأمَّا إذا قال: هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه، فإنه تثبت هذه الحقوق؛ لأنَّها أثبتت بأبلغ وجوه الإثبات، كذا في «مبسوط الإمام القاضي أبي زيد» رحمه الله.

قوله: كَذَلِكَ الجَوَابُ، أي: إنما يستحق الطريق والمسيل من وقع له نصيب في الدار والأرض في القسمة بذكر الحقوق إذا لم يمكن له الاستطراق والسيل في نصيبه، وأمَّا إذا أمكن فلا يستحق الطريق والمسيل بذكر الحقوق، هكذا ذكره في «الذخيرة» وقال:

ثم إذا ذكر الحقوق والمرافق في القسمة، فإنما يستحق المشروط له الحقوق بالطريق فيما أصاب صاحبه بالقسمة إذا لم يمكنه إيجاد طريق آخر، أمَّا إذا أمكن فلا، والقسمة في هذا تخالف البيع، فإن الطريق والشرب يدخلان في البيع بذكر الحقوق والمرافق، وإن كان للمشتري إمكان فتح الطريق في نصيبه، وإمكان سقي الأرض من نَهر آخر.

الحُقُوقَ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهِ مَا كَانَ لَهُ مِنَ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ مَعَ بَقَاءِ هَذَا التَّعَلُّقِ بِمِلْكِ غَيْرِهِ،

وشرح هذه المسألة في «المبسوط» في الباب الأول من كتاب القسمة فقال: وإذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت، وباب البيت في الصفة ومسيل ماء البيت على ظهر الصفة، أي: على سطحها، فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعةً من الساحة، ولم يذكروا طريقاً ولا مسيل ماء، وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصاب من الساحة ومسيل مائه في ذلك، فأراد أن يمرَّ في الصفة على حاله ويسيل مائه على ما كان فليس له ذلك، سواء اشترط كل واحدٍ منهما أن له ما أصابه بكل حق له، أو لم يشترط ذلك.

والقسمة في هذا بخلاف البيع، فإنه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوقَ والمرافقَ دخل الطريقُ ومسيل الماء، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لم يدخل، والفرق أن المقصودَ بالبيع إيجابُ الملك، وقصد المشتري أن يتمكن من الانتفاع، وذلك إنما يتم بالطريق والمسيل إلا أن ذلك خارج من المحدود، فلا يدخل في البيع بمطلق تسمية البيت إلا بذكر الحقوق والمرافق، فأمَّا المقصود بالقسمة فتمييز أحد الملكين من الآخر، وأن يختص كل واحدٍ منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الآخر فيه، وإنما يتم هذا المقصود إذا لم يدخل الطريق والمسيل ليتميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر من كل وجه، فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق.

نوضح الفرق أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية، والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل في البيع، فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنَّهما قصدا ذلك، فأمَّا في القسمة فالمقصود التميز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين؛ لأنَّهما لم يقصدا التميز في أن لا يبقى لأحدهما في نصيب الآخر طريق ولا مسيل ماء، ولو لم يكن مفتح للطريق ولا مسيل ماء، فإن كانا ذكرا في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق هو له جازت القسمة، وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على سطحه كما كان قبل القسمة، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة، بخلاف البيع فإنه يكون صحيحًا وإن لم يذكر الحقوق والمرافق؛ لأن المقصود بالبيع ملك العين، إلى آخره، وقد ذكرناه.

وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي يَدْخُلُ فِيهَا؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَذَلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ فَيَدْخُلَ عِنْدَ التَّنصِيصِ بِاعْتِبَارِهِ، وَفِيهَا مَعْنَى الإِفْرَازِ وَذَلِكَ بِانْقِطَاعِ التَّعَلُّقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، فَبِاعْتِبَارِهِ لا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ، بِخِلَافِ الإِجَارَةِ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنصِيصِ؛ لِأَنَّ كُلَّ المَقْصُودِ الِانْتِفَاعُ وَذَلِكَ لا يَحْصُلُ إلَّا بِإِدْخَالِ الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ فَيَدْخُلَ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ.

قوله: وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي يَدْخُلُ فِيهَا، أي: لو ذكر الحقوق في الصورة التي لا يمكن الاستطراق والتسيل في نصيبه يدخل الطريق والمسيل في القسمة.

قوله: فَيَدْخُلَ عِنْدَ التَّنصِيصِ بِاعْتِبَارِهِ، أي: باعتبار التكميل يدخل الطريق أو المسيل عند التنصيص.

قوله: وَفِيهَا - أي: وفي القسمة - مَعْنَى الإِفْرَازِ ... فَبِاعْتِبَارِهِ لا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ، أي: فباعتبار معنى الإفراز لا يدخل الطريق الذي في نصيب الآخر من غير تنصيص بذكر الحقوق؛ وذلك لأن معنى الإفراز لمَّا كان مراعى في القسمة كان ينبغي أن لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه، وإن ذكر الحقوق في القسمة؛ لأنه حينئذٍ لا يحصل الانقطاع والإفراز من كل وجهٍ، لكن في القسمة وإن كان معنى الإفراز ففيه معنى تكميل المنفعة أيضًا، فدخل الطريق والمسيل في القسمة عند ذكر الحقوق لرعاية جانب تكميل المنفعة.

قوله: بِخِلَافِ الإِجَارَةِ، وقد أورد مسألة الإجارة شبهة في «المبسوط» بعد ذكر الفرق بين البيع والقسمة في دخول الطريق والمسيل في البيع بذكر الحقوق في الصورتين بخلاف ماذكرنا، فقال:

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة، كما إذا استأجر أرضـًا دخل الطريق والشرب وإن لم يذكر الحقوق

(وَلَوِ اخْتَلَفُوا فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ فِي القِسْمَةِ، إنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ طَرِيقٌ يَفْتَحُهُ فِي نَصِيبِهِ قَسَمَ الحَاكِمُ مِنْ غَيْرِ طَرِيقٍ يُرْفَعُ لِجَمَاعَتِهِمْ) لِتَحَقُّقِ الإِفْرَازِ بِالكُلِّيَّةِ دُونَهُ. (وَإِنْ كَانَ لا يَسْتَقِيمُ ذَلِكَ رَفَعَ طَرِيقًا بَيْنَ جَمَاعَتِهِمْ) لِيَتَحَقَّقَ تَكْمِيلُ المَنْفَعَةِ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ (وَلَوِ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ جُعِلَ عَلَى عَرْضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ)؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِهِ (وَالطَّرِيقُ عَلَى سِهَامِهِمْ كَمَا كَانَ قَبْلَ القِسْمَةِ)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ لا فِيهِ.

والمرافق لتحصيل المنفعة.

قلنا: هناك موضع الشرب والطريق ليس ممَّا يتناوله الإجارة ولكن يتوسل به إلى الانتفاع بالمستأجر، والآجر إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما، فأمَّا هاهنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة، فموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقًّا في نصيب الآخر تضرر به الآخر، ولا يجوز إلحاق الضرر به بدون رضاه، وإنما دليل الرضاء اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل المسيل والطريق بدون ذكر الحقوق.

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفُوا - أي: الورثة قبل القسمة - **فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ**، المراد من الرفع هوأن لا يدخلوا الطريق في القسمة حتى يبقى مشتركًا كما كان.

قوله: لِتَحَقُّقِ الإِفْرَازِ بِالكُلِّيَّةِ دُونَهُ، أي: دون رفع الطريق، أي: من غير رفع الطريق.

قوله: جُعِلَ عَلَى عَرْضِ بَابِ الدَّارِ؛ لأن باب الطريق متفق عليه، والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه، ثم لا فائدة في جعل الطريق أعرض من باب الدار؛ لأنه ما لم يدخل الحمل من باب الدار لا يحمله في ذلك الطريق، وإذا جعل الطريقُ أضيقَ من باب الدار يتضرر به الشركاء، ومقصود كل واحدٍ منهم أن يحمل إلى مسكنه في ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار، فلهذا يجعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله، كذا في «المبسوط».

(وَلَوْ شَرَطُوا أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا جَازَ وَإِنْ كَانَ أَصْلُ الدَّارِ نِصْفَيْنِ)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَى التَّفَاضُلِ جَائِزَةٌ بِالتَّرَاضِي.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لا عُلُوَّ عَلَيْهِ وَعُلُوٌّ لا سُفْلَ لَهُ وَسُفْلٌ لَهُ عُلُوٌّ قُوِّمَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَتِهِ وَقُسِمَ بِالقِيمَةِ وَلا مُعْتَبَرَ بِغَيْرِ ذَلِكَ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ: يُقَسَّمُ بِالذَّرْعِ؛ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ السُّفْلَ يَصْلُحُ لِمَا لا يَصْلُحُ لَهُ العُلُوُّ مِنِ اتِّخَاذِهِ بِئْرَ مَاءٍ أَوْ سِرْدَابًا أَوْ إِصْطَبْلًا

ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الأعلى لا طوله من حيث المشي، كذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله في «مبسوطه» وقال: لم يرد محمد رحمه الله بذكر الطول الطولَ الذي هو ضد العرض؛ لأن ذلك الطول إنما يكون حيث ينتهون بها إلى الطريق الأعظم، وفائده قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يخرج جناحًا في نصيبه، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بانيًا على خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك؛ لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم، والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضاء الشركاء، وإن كان أرضـًا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور؛ لأنه لا بد لذلك من الزارعة، ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر فيه ثوران معًا وإن كان يحتاج إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما لا يتناهي، وهكذا أيضًا في «الذخيرة».

قوله: وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لا عُلُوَّ عَلَيْهِ وَعُلُوٌّ لا سُفْلَ لَهُ، صورته: أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لرجل آخر، وسفل مشترك بين هذين الرجلين وعلو لآخر، طلبا القسمة من القاضي، أو طلب أحدهما، فعند أبي حنيفة رحمه الله يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو، وقال أبو يوسف رحمه الله: يحسب العلو بالنصف، والسفل بالنصف، وقال محمد رحمه الله: يقسم على قيمة السفل والعلو، فإن كانت قيمتهما على السواء يحسب ذراع بذراع، وإن كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر يحسب من الذي قيمته على الضعف

أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالقِيمَةِ، وَهُمَا يَقُولانِ إِنَّ القِسْمَةَ بِالذَّرْعِ هِيَ الأَصْلُ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي المَذْرُوعِ لا فِي القِيمَةِ فَيُصَارَ إِلَيْهِ مَا أَمْكَنَ، وَالمُرَاعَى التَّسْوِيَةُ فِي السُّكْنَى لا فِي المَرَافِقِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ بِالذَّرْعِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: ذِرَاعٌ مِنْ سُفْلٍ بِذِرَاعَيْنِ مِنْ عُلُوٍّ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ قِيلَ أَجَابَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ عَصْرِهِ،

ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا في القيمة، كذا في «الذخيرة».

قوله: قِيلَ أَجَابَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ عَصْرِهِ، فإن أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناءً على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو، وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى، ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادات في ذلك البلدان فقال: إنما يقسم على القيمة.

وقيل: بل هو بناء على أصل آخر، وهو أن عند أبي حنيفة رحمه الله لصاحب السفل منفعتين: منفعة السكنى، ومنفعة البناء، فإنه لو أراد أن يحفر في سفله سرداباً لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك، ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى، فإنه لو أراد أن يبني على علوه علوًا آخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك، والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: لصاحب العلو أن يبني على علوه إذا كان ذلك لا يضر بالسفل، كما أن لصاحب السفل أن يحفر سرداباً في السفل إذا كان لا يضر صاحب العلو، فاستويا في المنفعة، فيجعل ذراع من السفل بذراع من العلو.

ومحمد رحمه الله يقول: العلو والسفل بناء، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة متيسر؛ ولأن في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل، وهو كذلك بمكة ومصر، وفي بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة.

وقيل: في كل موضع تكثر الندرة في الأرض يختار العلو على السفل، وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو، وربما يختلف ذلك أيضًا باختلاف الأوقات،

أَوْ أَهْلِ بَلَدِهِ فِي تَفْضِيلِ السُّفْلِ عَلَى العُلُوِّ وَاسْتِوَائِهِمَا وَتَفْضِيلِ السُّفْلِ مَرَّةً وَالعُلُوِّ أُخْرَى. وَقِيلَ هُوَ اخْتِلَافُ مَعْنًى وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ مَنْفَعَةَ السُّفْلِ تَرْبُو عَلَى مَنْفَعَةِ العُلُوِّ بِضِعْفِهِ؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى بَعْدَ فَوَاتِ العُلُوِّ، وَمَنْفَعَةُ العُلُوِّ لا تَبْقَى بَعْدَ فِنَاءِ السُّفْلِ، وَكَذَا السُّفْلُ فِيهِ مَنْفَعَةُ البِنَاءِ وَالسُّكْنَى، وَفِي العُلُوِّ السُّكْنَى لا غَيْرُ إِذْ لا يُمْكِنُهُ البِنَاءُ عَلَى عُلُوِّهِ إِلَّا بِرِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ، فَيُعْتَبَرُ

فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة، فاستحسن القسمة في العلو والسفل باعتبار القيمة.

ثم تفسير المسألة في فصلين:

أحدهما: أن يكون بينهما سفل علوه لغيرهما، وعلو سفله لغيرهما، فأرادا القسمة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجعل بمقابلة خمسين ذراعًا من ساحة السفل مائة ذراع من ساحة العلو، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله بمقابلة كل ذراع ذراع.

والثاني: أن يكون المشترك بين الشركاء بيتاً لسفله علو وسفلًا لا علو له بأن كان العلو لغيرهم، وعلوًا لا سفل له، فعند أبي حنيفة رحمه الله يجعل بإزاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلاثة وثلاثون ذراعًا وثلث من البيت الكامل، وبإزاء مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ستة وستون ذراعاً وثلثا ذراعٍ من البيت الكامل؛ لأن العلو عنده مثل نصف السفل كما في الفصل الأول.

وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل بإزاء خمسين ذراعًا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذي لا علو له، أو مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له؛ لأن العلو والسفل عنده سواء، فخمسون ذراعًا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع، خمسون منها سفل، وخمسون منها علو، ومحمد رحمه الله في ذلك كله يعتبر المبادلة بالقيمة، وعليه الفتوى، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني» تفسير هذا التقرير وأوضحه فقال: ولو كان علو مفرد مشترك بين رجلين، وسفل مفرد مشترك بين هذين الرجلين، وبيت كامل من العلو والسفل مشترك بين هذين الرجلين، طلبوا القسمة من القاضي، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يحسب

ذِرَاعَانِ مِنْهُ بِذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقْصُودَ أَصْلُ السُّكْنَى وَهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ، وَالمَنْفَعَتَانِ مُتَمَاثِلَتَانِ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْعَلَ مَا لا يَضُرُّ بِالآخَرِ عَلَى أَصْلِهِ، وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ المَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الحَرِّ وَالبَرْدِ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا فَلَا يُمْكِنُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالقِيمَةِ، وَالفَتْوَى اليَوْمَ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَوْلُهُ لا يَفْتَقِرُ إِلَى التَّفْسِيرِ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ أَنْ يُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ؛

ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل المفرد، حتى يكون ذراع من السفل من البيت الكامل بذراع من السفل المفرد، ونصف ذراع من السفل المفرد بذراع من العلو من البيت الكامل، ويحسب ذراع واحد من البيت الكامل بثلاثة أذرع من العلو المفرد، ليكون ذراعاً من العلو المفرد بإزاء ذراع واحد من السفل من البيت الكامل، وذراع واحد من العلو المفرد بإزاء ذراع واحد من العلو من البيت الكامل.

فإن قيل: كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله، ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إذا لم تكن في دار واحدة؟

قلنا: موضوع المسألة أنَّهما كانا في دار واحدة، والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم قسمة جمع، وإن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة لكن طلبو من القاضي المعادلة فيما بينهم، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجوز القسمة على هذا الوجه حالة التراضي.

قوله: أَنْ يُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ، فكان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد؛ وذلك لأن الذراع الواحد من البيت الكامل أينما كان في تقدير ذراعين: أحدهما من السفل،

لِأَنَّ العُلُوَّ مِثْلُ نِصْفِ السُّفْلِ فَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ مِنَ السُّفْلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ وَمَعَهُ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ العُلُوِّ فَبَلَغَتْ مِائَةَ ذِرَاعٍ تُسَاوِي مِائَةً مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ، وَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ المُجَرَّدِ

والآخر من العلو؛ لأن للذراع الواحد من سفل البيت الكامل ذراعًا واحدًا بمقابلته من علوه، وللذراع الواحد من علو البيت الكامل ذراعًا واحدًا بمقابلته من سفله؛ لأن الذراع الواحد من سفل البيت الكامل بواحد في ذات السفل حقيقةً، ولكن هو أيضًا في تقدير الذراع الواحد من علو البيت الكامل؛ لأن الذراع الواحد من سفل البيت الكامل فوقه ذراع واحد بمقابلته من علو البيت الكامل، فكان الذراع الواحد من البيت الكامل في تقدير ذراعين: أحدهما في ذاته، والثاني هو ما فوقه.

وكذلك لو أخذت الذراع من علو البيت الكامل كان في تقدير ذراعين؛ لأنه في ذاته ذراع واحد من علو البيت الكامل، وتحته أيضًا ذراع آخر من سفل البيت الكامل، فصح قولنا: إن الذراع واحد من البيت الكامل من أي موضع أخذه فهو في تقدير الذراعين، ثم للذراع الواحد من السفل أينما كان ذراعين من العلو، فكان بمقابلة الذراع من البيت الكامل ثلاثة أذرع من العلو المجرد لا محالة، فأحد الأذرع الثلاثة من العلو المجرد بمقابلة الذراع الواحد من علو البيت الكامل، والذراعان بمقابلة الذراع الواحد من سفل البيت الكامل، فلمَّا ثبت أن الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة من العلو المجرد كان ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد لا محالة؛ لأن الثلاثة والثلاثين والثلث ثلث المائة.

وقوله: فَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ مِنَ السُّفْلِ، أي: من سفل البيت الكامل، وهذا بيان نتيجة ما ذكره قبله من أن الثلاثة من العلو المجرد بمقابلة واحد من البيت الكامل، ولكن وضع ذلك الواحد في سفل البيت الكامل ليكون أظهر في البيان، يعني: أن ثلاثة وثلاثين وثلثًا من سفل البيت الكامل يقابل ستة وستين وثلثين إذا كان مع تلك الستة والستين والثلثين ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو المجرد.

مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَا ذِرَاعٍ؛ لِأَنَّ عُلُوَّهُ مِثْلُ نِصْفِ سُفْلِهِ فَبَلَغَتْ مِائَةَ ذِرَاعٍ كَمَا ذَكَرْنَا، وَالسُّفْلُ المُجَرَّدُ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ؛ لِأَنَّهُ ضَعْفُ العُلُوِّ فَيُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِثْلِهِ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنْ يُجْعَلَ بِإِزَاءِ خَمْسِينَ ذِرَاعًا مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ مِائَةُ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ المُجَرَّدِ، وَمِائَةُ ذِرَاعٍ مِنَ العُلُوِّ المُجَرَّدِ؛ لِأَنَّ السُّفْلَ وَالعُلُوَّ عِنْدَهُ سَوَاءٌ، فَخَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ بِمَنْزِلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ خَمْسُونَ مِنْهَا سُفْلٌ وَخَمْسُونَ مِنْهَا عُلُوٌّ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ المُتَقَاسِمُونَ وَشَهِدَ القَاسِمَانِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَذَكَرَ الخَصَّافُ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِهِمَا

قوله: فَبَلَغَتْ - أي: فبلغت الستة والستون والثلثان مع الثلاثة والثلاثين والثلث - مِائَةَ، فيصح ما قاله: إن مائة ذراع من العلو المجرد بمقابلة ثلاثة وثلاثين وثلثين وثلث ذراع من البيت الكامل، فكان هذا التقابل بين البيت الكامل والعلو المجرد، ثم ذكر تقابل البيت الكامل والسفل المجرد فقال: **وَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ المُجَرَّدِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَا ذِرَاعٍ مِنَ البَيْتِ الكَامِلِ ... فَبَلَغَتْ مِائَةَ ذِرَاعٍ**، أي: الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد يبلغ المائة؛ لأنه لمَّا أخذ من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع ست وستون وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد، ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع؛ لأن لهذا العدد من البيت الكامل، أعني: ستة وستون وثلثي ذراع علوًا، وهو مقدر بنصف هذا، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث كان المجموع مائة، فكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد كما ذكرنا.

قوله: وَإِذَا اخْتَلَفَ المُتَقَاسِمُونَ، بأن قال أحدهم: بعض نصيبي في يد صاحبي وأنكر

وَقَاسَمَا القَاضِيَ وَغَيْرَهُمَا سَوَاءٌ، لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعْلٍ أَنْفُسِهِمَا فَلا تُقْبَلُ، كَمَنْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِفِعْلِ غَيْرِهِ فَشَهِدَ ذَلِكَ الغَيْرُ عَلَى فِعْلِهِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِمَا وَهُوَ الِاسْتِيفَاءُ وَالقَبْضُ لا عَلَى فِعْلِ أَنْفُسِهِمَا؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا التَّمْيِيزُ وَلا حَاجَةَ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّهُ لا يَصْلُحُ مَشْهُودًا بِهِ لِمَا أَنَّهُ غَيْرُ لازِمٍ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ بِالقَبْضِ وَالِاسْتِيفَاءِ وَهُوَ فِعْلُ الغَيْرِ فَتُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: إِذَا قَسَمَا بِأَجْرٍ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالإِجْمَاعِ، وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ لِأَنَّهُمَا يَدَّعِيَانِ إِيفَاءَ عَمَلٍ اُسْتُؤْجِرَا عَلَيْهِ فَكَانَتْ شَهَادَةً صُورَةً وَدَعْوَى مَعْنًى فَلَا تُقْبَلُ إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: هُمَا لا يَجُرَّانِ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا لِاتِّفَاقِ الخُصُومِ عَلَى إِيفَائِهِمَا العَمَلَ المُسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ وَهُوَ التَّمْيِيزُ، وَإِنَّمَا الِاخْتِلَافُ فِي الِاسْتِيفَاءِ فَانْتَفَتِ التُّهَمَةُ (وَلَوْ شَهِدَ قَاسِمٌ وَاحِدٌ لا تُقْبَلُ)؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الفَرْدِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عَلَى الغَيْرِ، وَلَوْ أَمَرَ القَاضِي أَمِينَهُ بِدَفْعِ المَالِ إِلَى آخَرَ يُقْبَلُ قَوْلُ الأَمِينِ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ وَلا يُقْبَلُ فِي إِلزَامِ الآخَرِ إِذَا كَانَ مُنْكِرًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الآخرون، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ دَعْوَى الغَلَطِ فِي القِسْمَةِ وَالِاسْتِحْقَاقُ فِيهَا)

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمُ الغَلَطَ وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي فَسْخَ القِسْمَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ.

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لمَّا كان وقوع الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن يكون وعسى أن لا يكون أَخَّر ذكره.

قوله: وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ، أي: أقرَّ بالاستيفاء، هكذا فسر هذا اللفظ في «المبسوط» على ما نذكر.

قوله: لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ، أي: على زعمه أن ممَّا أصابه شيء في يد صاحبيه.

قوله: فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ؛ لأن الظاهر عدم وقوع الغلط، فلذلك لا يصدق على ما ادَّعى من الغلط إلا بالبينة، كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيارًا بسبب الشرط.

وفي «المبسوط»: وإذا اقتسم القوم أرضًا ميراثًا بينهم أو شراءً وتقابضوا، ثم ادعى أحدهم غلطًا في القسمة فإنه لا يشتغل بإعادة القسمة بمجرد دعواه؛ لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم، فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعدما ظهر سبب لزوم العقد، وقوله في ذلك غير مقبول إلا بحجة، كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيارًا بسبب العيب، أو الشرط، ولكن إن أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل

(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ اسْتَحْلَفَ الشُّرَكَاءَ فَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمْ جُمِعَ بَيْنَ نَصِيبِ النَّاكِلِ وَالمُدَّعِي فَيُقْسَمَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمَا)؛ لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ خَاصَّةً فَيُعَامَلَانِ عَلَى زَعْمِهِمَا، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: يَنْبَغِي أَنْ لا تُقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلًا لِتَنَاقُضِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ مِنْ بَعْدُ (وَإِنْ قَالَ قَدِ اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي وَأَخَذْتُ بَعْضَهُ فَالقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الغَصْبَ وَهُوَ مُنْكِرٌ (وَإِنْ قَالَ أَصَابَنِي إِلَى مَوْضِعِ كَذَا فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفَا

ذي حق حقه؛ لأن المعتبر في القسمة المعادلة وقد ثبتَ بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد، فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء؛ لأنَّهم لو أقرُّوا بذلك لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا عليه لو جاء النكول، فمن حلف منهم لم يكن عليه سبيل، وإليه أشار من بعد وهو **قوله**: وَإِنْ قَالَ أَصَابَنِي إِلَى مَوْضِعِ كَذَا فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ ... تَحَالَفَا، ففي هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء؛ لأن عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنًى، إلا أن التناقض مانع لصحة الدعوى، ولا يحلف عند عدم صحة الدعوى، ألا ترى أنه يجري التحالف عند صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فكان هو نظير الاختلاف في مقدار البيع.

والدليل على صحة هذا الذي ذكره في الكتاب **بقوله**: يَنْبَغِي أَنْ لا تُقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلًا، لتناقضه صريح ما ذكره في قسمة «فتاوى قاضي خان» في تقسيم وجوه الغلط حيث قال:

ومنها: أن تكون المنازعة بينهما بعد ما أشهد كل واحد منهما على القبض، واستيفاء الحق لصفة التمام، ثم يقول أحدهما: حقي الذي في يدك، وحقك الذي في يدي، أو يقول: قد قسمنا ولكن أخذتَ بعض حقي دون بعض، لا تسمع دعواه ولا خصومته بعد ما أشهد على القبض والاستيفاء.

وهكذا أيضًا ذكر في «المبسوط» في باب دعوى الغلط من القسمة فقال: رجل مات

وَفُسِخَتِ القِسْمَةُ)؛ لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ لَهُ بِالقِسْمَةِ فَصَارَ نَظِيرَ الِاخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِ المَبِيعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَحْكَامِ التَّحَالُفِ فِيمَا تَقَدَّمَ.

(وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ دَعْوَى الغَبْنِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي البَيْعِ فَكَذَا فِي القِسْمَةِ لِوُجُودِ التَّرَاضِي، (إِلَّا إِذَا كَانَتِ القِسْمَةُ بِقَضَاءِ القَاضِي وَالغَبْنُ فَاحِشٌ)؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِالعَدْلِ (وَلَوِ اقْتَسَمَا دَارًا وَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ طَائِفَةً

وترك دارًا وابنين فاقتسما الدار، وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء، ثم ادعى أحدهما بيتًا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك إلا أن يقر به صاحبه من قبل أنه قد أشهد على الوفاء، يعني: قد أقرَّ باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه، فلا يقبل ببينته على ذلك ولكن إن أقرَّ به صاحبه فإقراره ملزم إيَّاه، والمناقض إذا صدقه خصمه فيما يدعي ثبت الاستحقاق له، ولو لم يكن أشهد بالوفاء ولم يسمع منه إقراره بالقسمة إلى أن قال: فالقول قوله مع يمينه.

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ، إلى آخره، فدعوى الغلط في التقويم على نوعين: نوع يصح، ونوع لا يصح، فالذي لا يصح أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبنٍ يسير، بأن كان ما يدعي من الغلط يدخل تحت تقويم المقومين، وهذه الدعوى لا تصح سواء حصلت القسمة بقضاء القاضي، أو بتراضيهم لوجهين:

أحدهما: أن الاحتراز عن مثل هذا الغلط غير ممكن.

والثاني: أنه يؤدي إلى ما لا يتناهي؛ لأنه يمكنه أن يدعي ذلك في القسمة الثانية والثالثة، والذي يصح أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبن فاحش، فإن كان ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين فإنه صحيح إن حصلت القسمة بقضاء القاضي؛ لأنا لو سمعنا هذه الدعوى ونقضنا هذه القسمة لا يؤدي إلى ما لا يتناهي؛ لأنه لا يقع مثل هذا الغبن في القسمة الثانية؛ لأنه لا يتصور التقويم في المرة الثانية على وجه لا يتحقق فيها الغبن الفاحش، وإن حصلت القسمة بالتراضي لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب.

فَادَّعَى أَحَدُهُمْ بَيْتًا فِي يَدِ الآخَرِ أَنَّهُ مِمَّا أَصَابَهُ بِالقِسْمَةِ وَأَنْكَرَ الآخَرُ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ) لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ يُؤْخَذُ بِبَيِّنَةِ المُدَّعِي) لِأَنَّهُ خَارِجٌ، وَبَيِّنَةُ الخَارِجِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ ذِي اليَدِ (وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الإِشْهَادِ عَلَى القَبْضِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا، وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الحُدُودِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالجُزْءِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُضِيَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحَالَفَا) كَمَا فِي البَيْعِ.

وحُكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع من المالك لا يصح؛ لأنه لا فائدة فيه، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، أمَّا البيع من غير المالك ينقض بالغبن الفاحش، كبيع الأب، والوصي، ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، فإذا ظهر في القسمة غبن فاحش كان شرط جواز القسمة قائماً فيجب نقضها.

والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني، كذا في «الذخيرة»، وفي «فتاوى قاضي خان» رحمه الله جعل القول الأخير أوْلَى، وقال: قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله: تسمع دعواه الغلط والغبن، أي: بعد ما قسمت التركة بالتراضي، وله أن يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي، وهو الصحيح، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ لَمْ تُفْسَخِ القِسْمَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَرَجَعَ بِحِصَّةِ ذَلِكَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْسَخُ القِسْمَةُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: ذَكَرَ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بِعَيْنِهِ، وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الأَسْرَارِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ مِنْ نَصِيبِ

فصلٌ

قوله: ذَكَرَ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بِعَيْنِهِ، وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الأَسْرَارِ، وصفة الحوالة هذه إلى «الأسرار» وقعت سهوًا؛ لأن هذه المسألة مذكورة في «الأسرار» في الشائع وصفًا وتعليلًا من الجانبين، وتكرارًا بلفظ الشائع غير مرة، فإن المذكور فيه: دارٌ بين رجلين اقتسماها نصفين، ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعًا لم تبطل القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يخير المستحق عليه إن شاء رد الباقيَ واقتسم ثانيًا، وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينتقض، وقال أبو يوسف رحمه الله: انتقضت القسمة، وقول محمد رحمه الله مضطرب.

فأبو يوسف رحمه الله يقول: القسمة للإفراز، وحين استحق جزء شائع من نصيب أحدهما تبيَّن أن الإفراز وكانت باطلة، كما لو استحق النصف من النصفين جميعًا.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن الاستحقاق لم يوجب شيوعًا في نصيب الآخر فلا ينتقض القسمة، كما لو استحق شيئًا بعينه من نصيب أحدهما، وهذه ثلاثة أوجه:

الأول: أن يستحق جزء شائع من كل الدار بأن استحق نصف الدار، أو ثلثها، أو ما أشبه

أَحَدِهِمَا، فَأَمَّا فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ لا تُفْسَخُ القِسْمَةُ بِالإِجْمَاعِ، وَلَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي الكُلِّ تُفْسَخُ بِالِاتِّفَاقِ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ. وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ مُحَمَّدٍ، وَذَكَرَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَأَبُو حَفْصٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الأَصَحُّ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ ظَهَرَ شَرِيكٌ ثَالِثٌ لَهُمَا، وَالقِسْمَةُ بِدُونِ رِضَاهُ بَاطِلَةٌ، كَمَا إِذَا اُسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي النَّصِيبَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ يَنْعَدِمُ مَعْنَى القِسْمَةِ وَهُوَ الإِفْرَازُ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحِصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ شَائِعًا، بِخِلَافِ المُعَيَّنِ.

ذلك، وفي هذا الوجه القسمة فاسدة.

والثاني: إذا استحق جزء بعينه ممَّا أصاب واحدًا منهم، وفي هذا الوجه القسمة صحيحة فيما بقي بعد الاستحقاق.

والفرق بين الوجهين أن القسمة في الوجه الأول لا تفيد فائدتها؛ لأن فائدة القسمة إفراز الأنصباء، ولمَّا ظهر لهم شريك آخر في كل الدار ظهر أن الإفراز لم يحصل؛ لأن نصيب الذي ظهر شائع في الأنصباء، وأمَّا في الوجه الثاني فالقسمة مفيدة؛ لأن ما هو المقصود من القسمة وهو الإفراز حاصل هاهنا فيما وراء المستحق؛ لأن ما وراء المستحق ليس الذي ظهر فيه نصيب.

والوجه الثالث: إذا استحق جزء شائع من نصيب أحدهم وفي هذا الوجه القسمة لا تفسد عند أبي حنيفة رحمه الله، فيكون للمستحق عليه الخيار، وعند أبي يوسف رحمه الله القسمة فاسدة، وقول محمد رحمه الله مضطرب، كذا في «الذخيرة».

قوله: يَنْعَدِمُ مَعْنَى القِسْمَةِ، أي: في النصيبين، أمَّا فيما ظهر فيه الاستحقاق فظاهر، وكذلك في النصيب الآخر لما ذكر في الكتاب بقوله: **لِأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحِصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ شَائِعًا**، بخلاف العين؛ لأن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض، لكن

وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَى الإِفْرَازِ لا يَنْعَدِمُ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلِهَذَا جَازَتِ القِسْمَةُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ فِي الِابْتِدَاءِ بِأَنْ كَانَ النِّصْفُ المُقَدَّمُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ ثَالِثٍ وَالنِّصْفُ المُؤَخَّرُ بَيْنَهُمَا لا شَرِكَةَ لِغَيْرِهِمَا فِيهِ فَاقْتَسَمَا عَلَى أَنَّ لِأَحَدِهِمَا مَا لَهُمَا مِنَ المُقَدَّمِ وَرُبُعِ المُؤَخَّرِ يَجُوزُ فَكَذَا فِي الِانْتِهَاءِ وَصَارَ كَاسْتِحْقَاقِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، بِخِلَافِ الشَّائِعِ فِي النَّصِيبَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَتِ القِسْمَةُ لَتَضَرَّرَ الثَّالِثُ بِتَفَرُّقِ نَصِيبِهِ فِي النَّصِيبَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا لا ضَرَرَ بِالمُسْتَحِقِّ فَافْتَرَقَا، وَصُوَرُ المَسْأَلَةِ: إِذَا أَخَذَ أَحَدُهُمَا الثُّلُثَ المُقَدَّمَ مِنَ الدَّارِ وَالآخَرُ الثُّلُثَيْنِ مِنَ المُؤَخَّرِ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ ثُمَّ اسْتَحَقَّ نِصْفَ المُقَدَّمِ، فَعِنْدَهُمَا إِنْ شَاءَ نَقَضَ القِسْمَةَ دَفْعًا لِعَيْبِ التَّشْقِيصِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِهِ مِنَ المُؤَخَّرِ؛ لِأَنَّهُ لَوِ اسْتَحَقَّ كُلَّ المُقَدَّمِ

يبقى له ولاية الرجوع والقسمة على هذا الوجه، والقسمة على هذا الوجه يجوز في الابتداء على ما ذكر في الكتاب بقوله: وَلِهَذَا جَازَتِ القِسْمَةُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ فِي الِابْتِدَاءِ، إلى آخره.

قوله: وَصُوَرُ المَسْأَلَةِ، أي: مسألة الكتاب؛ لأن المسألة المستشهد بها: وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِهِ مِنَ المُؤَخَّرِ.

وفي «المبسوط»: وإنما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده إذا اختار له إمضاء القسمة؛ لأنه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بنصف ما في يده، فإذا كان المستحق نصفَه يرجع عليه بنصف نصف ما في يده.

يوضحه: أن جميع قيمة الدار ألف ومائتا درهم، وباستحقاق نصف المقدم تبيَّن أن المشترك بينهما تسعمائة، فحق كل واحدٍ منهما في أربعمائة وخمسين، والذي بقي في يد صاحب المقدم يساوي ثلاثمائة، وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة، فيرجع عليه بربع ما في يده، وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحدٍ منهما ما يساوي أربعمائة وخمسين.

رَجَعَ بِنِصْفِ مَا فِي يَدِهِ، فَإِذَا اسْتَحَقَّ النِّصْفَ رَجَعَ بِنِصْفِ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبُعُ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالكُلِّ، وَلَوْ بَاعَ صَاحِبُ المُقَدَّمِ نِصْفَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّ النِّصْفَ البَاقِي شَائِعًا رَجَعَ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِ الآخَرِ عِنْدَهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا وَسَقَطَ خِيَارُهُ بِبَيْعِ البَعْضِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَضْمَنُ قِيمَةَ نِصْفِ مَا بَاعَ لِصَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ تَنْقَلِبُ فَاسِدَةً عِنْدَهُ، وَالمَقْبُوضُ بِالعَقْدِ الفَاسِدِ مَمْلُوكٌ فَنَفَذَ البَيْعُ فِيهِ وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَقَعَتِ القِسْمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ مُحِيطٌ رُدَّتِ القِسْمَةُ) لِأَنَّهُ يَمْنَعُ وُقُوعَ المِلْكِ لِلْوَارِثِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مُحِيطٍ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِالتَّرِكَةِ، إِلَّا إِذَا

قوله: وَلَوْ وَقَعَتِ القِسْمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ مُحِيطٌ رُدَّتِ القِسْمَةُ، كان من حقه أن يقول في جواب المسألة: طولب الورثة بأداء الدين فإن لم يؤدوا ردت القسمة؛ لأن الدين غير مانع لصحة القسمة إذا أدى المتقاسمون دين الميت من مالهم؛ لأن حق رب الدين في مالية التركة لا في عينها، وإلى هذا أشار بعد هذا بقوله: وَلَوْ أَبْرَأَهُ الغُرَمَاءُ ... أَوْ أَدَّاهُ الوَرَثَةُ مِنْ مَالِهِمْ وَالدَّيْنُ مُحِيطٌ أَوْ غَيْرُ مُحِيطٍ جَازَتِ القِسْمَةُ، أي: القسمة الواقعة.

وفي «الذخيرة»: فإن ظهر دينٌ بعد القسمة فالقسمة مردودة إلا أن يؤدوا دينه من مالهم؛ لأن حق الغرماء يتعلق بالتركة، وتعلق حق الغير بالمقسوم يمنع نفاذ القسمة حتى يسقط حقه كما يمنع نفاذ البيع، فكذلك لو ظهر وارث آخر، أو موصى له بالثلث، أو بالربع، فالقسمة مردودة؛ لأنه ظهر أن في التركة شريكاً آخر وقد قسموا دونه.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن الدين - يَمْنَعُ وُقُوعَ المِلْكِ لِلْوَارِثِ، حتى إذا كان في التركة المستغرقة بالدين عبد هو ذو رحم محرم للوارث لا يعتق.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مُحِيطٍ، إلى آخره، اعلم أن الورثة إذا طلبوا قسمة التركة

بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ مَا يَفِي بِالدَّيْنِ وَرَاءَ مَا قَسَمَ؛ لِأَنَّهُ لا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِ القِسْمَةِ فِي إِيفَاءِ حَقِّهِمْ، (وَلَوْ أَبْرَأَهُ الغُرَمَاءُ بَعْدَ القِسْمَةِ أَوْ أَدَّاهُ الوَرَثَةُ مِنْ مَالِهِمْ وَالدَّيْنُ مُحِيطٌ أَوْ غَيْرُ مُحِيطٍ جَازَتِ القِسْمَةُ)؛ لِأَنَّ المَانِعَ قَدْ زَالَ.

من القاضي، وعلى الميت دين والقاضي يعلم به، وصاحب الدين غائب، فإن كان الدين مستغرقًا للتركة فالقاضي لا يقسمها بينهم؛ لأنه لا ملك لهم في التركة؛ لأن الدين مقدم على الميراث والقسمة لتوسل كل واحدٍ من الشركاء إلى الانتفاع بنصيبه، وذلك الورثة بعد قضاء الديون، قال الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، فلا يكون في القسمة فائدة فلا يقسمها، وإن كان الدين غير مستغرق للتركة فالقياس أن لا يقسمها أيضًا، بل يوقف الكل؛ لأن الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة، حتى لو هلك جميع التركة إلا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين، وهذا القياس قول أبي حنيفة رحمه الله الأول، ولكنه استحسن فقال: قلَّ ما تخلو التركة عن دين يسير، ويقبح أن يقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم، فالأحسن أن ينظر للفريقين جميعًا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء، ويقسم ما زاد على ذلك مراعاة لحقهم، وقد نظر للميت أيضًا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ ما يصيبه من ذلك، ويكون مضمونًا عليه ما لم يصل إلى صاحب الدين حقه، ولا يأخذ كفيلًا بشيءٍ من ذلك، قيل: هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله، أمَّا على قولهما يأخذ منه كفيلًا.

وإن لم يكن الدين معلومًا سألهم القاضي هل عليه دين أم لا؟ فإن قالوا: لا، فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالأصل، وهو فراغ ذمة الميت عن الدين؛ ولأن المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقهم فيقبل قولهم، فإن ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم؛ لأنه لو كان الدين معلومًا لم يشتغل بالقسمة، وكذلك إذا ظهر بعد القسمة؛ لأنه تبيَّن أن القسمة كانت قبل أوانها فإن أوان القسمة ما بعد قضاء الدين، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَلَوْ أَبْرَأَهُ الغُرَمَاءُ بَعْدَ القِسْمَةِ أَوْ أَدَّاهُ الوَرَثَةُ مِنْ مَالِهِمْ وَالدَّيْنُ مُحِيطٌ أَوْ غَيْرُ مُحِيطٍ جَازَتِ القِسْمَةُ، وكذلك لو ظهر الموصى له بالألف المرسلة لو أدى الورثة الألف المرسلة جازت قسمتهم على ما كانت.

وَلَوِ ادَّعَى أَحَدُ الْمُتَقَاسِمَيْنِ دَيْنًا فِي التَّرِكَةِ صَحَّ دَعْوَاهُ؛ لِأَنَّهُ لا تَنَاقُضَ، إِذِ الدَّيْنُ يَتَعَلَّقُ بِالمَعْنَى وَالقِسْمَةُ تُصَادِفُ الصُّورَةَ، وَلَوِ ادَّعَى عَيْنًا بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ لَمْ يُسْمَعْ

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا ظهر الوارث أو الموصى له بالثلث، أو الربع بعد القسمة فقالت الورثة: نحن نقضي حق الموصى له بالثلث، أو الربع، أو حق الوارث الذي ظهر لهم من مالنا ولا ينقص القسمة ليس لهم ذلك، إلا أن يرضيَ الوارث الذي ظهر والموصى له بالثلث، بخلاف الغريم والموصى له بالألف المرسلة، فإن الورثة لو قالوا: نحن نقضي حقهما من مالنا ولا ننقص القسمة فلهم ذلك.

قلتُ: الفرق بينهما هو أنا نعتبر الانتهاء في المسألتين جميعًا بالابتداء، وفي ابتداء القسمة إذا أرادوا أن يقتسموا التركة فيما بينهم، ويعطوا حق الوارث والموصى له بالثلث أو بالربع من مالهم ليس لهم ذلك إلا برضا الوارث والغريم[1]؛ لأن حقهما في عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما، فكذلك في الانتهاء، وأمَّا لو أرادوا أن يقتسموا التركة ويعطوا حق الغريم، والموصى له بألف مرسلة من مالهم كان لهم ذلك؛ لأن حقهما في معنى التركة وهو المالية لا في عين التركة، وفيما رجع إلى المالية التركة ومال الوارث سواءٌ فكذا في الانتهاء.

وعن هذا قالوا: إذا كان للميت مال آخر لم يدخل في القسمة، ليس للغريم ولا للموصى له بألف مرسلة حق نقض القسمة، بل يعطى حقهما من المال الذي لم يدخل تحت القسمة، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَوِ ادَّعَى أَحَدُ الْمُتَقَاسِمَيْنِ دَيْنًا فِي التَّرِكَةِ صَحَّ دَعْوَاهُ، أي: لو ادعى أحد الورثة بعد ما قسمت التركة فيما بينهم أن على الميت دينـًا كذا كذا دينارًا أو درهمًا صحَّ، بخلاف ما إذا ادعى عينًا من أعيان التركة، بأنه كان لي كنتُ اشتريتُه من الميت حال حياته لا يصح دعواه.

(١) في نسخة فيض الله أفندي – الثانية (ف٢) تحت السطر: أي: الموصى له بالثلث.

لِلتَّنَاقُضِ، إِذِ الإِقْدَامُ عَلَى القِسْمَةِ اعْتِرَافٌ بِكَوْنِ المَقْسُومِ مُشْتَرَكًا.

والفرق بينهما أنه في دعوى العين مناقض؛ لأن إقدامه على قسمة هذا العين إقرار منه بصحة هذه القسمة في هذه العين، ولا تصح القسمة فيه بين الورثة لو كان ملكًا لهذا الوارث، فكان الإقدام على القسمة إقرارًا منه أن هذا العين ليس لي، فبعد ذلك بدعواه أنه له يصير مناقضًا، وأمَّا في دعوى الدين فهو غير مناقض؛ لأن القسمة صحيحة مع قيام الدين؛ لما ذكرنا أن حق الغريم في مالية التركة لا في عينها، إلا أن للغريم حق نقض القسمة، فإذا لم يكن فيه مناقضًا كان دعواه صحيحة، ثم له أن ينقض القسمة وإن باشرها؛ لأن مباشرة القسمة لا يكون أعلى حالًا من إجازة القسمة نصًّا، والغريم إذا أجاز القسمة ثم أراد نقضها فله ذلك، فهاهُنا أَوْلَى، كذا في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي المُهَايَأَةِ)

فصل في المهـايأة

لمَّا فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض، وهي المهايأة؛ لأن المهايأة قسمة المنافع، وهي أعراض، وقدم الأعيان لكونها أصولًا؛ لأن الأعيان قائمة بنفسها والمنافع فرعٌ عليها؛ لأنها تقوم بالأعيان، فتقديم الأصول على الفروع كِفَاءُ حقهما، فيحتاج هاهنا إلى تفسير المهايأة لغةً، وشرعًا، وحكمها، وكيفية جوازها.

أمَّا تفسيرها لغةً: فإنها مشتقة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء، والتهايُؤ: تفاعل منها، وهو أن يتواضعوا على أمرٍ فيتراضوا به، وحقيقته: أن كلًّا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها، أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الأول، يقال: هايأ فلان فلانـًا، وتَهايأ القوم.

وأمَّا تفسيرها شرعًا: فهي عبارة عن قسمة المنافع.

وأمَّا حكمها: فهو الجواز استحسانًا على ما ذكر في الكتاب دون القياس، فإن القياس يأبى جواز المهايأة؛ لأنَّها مبادلة المنفعة بجنسها، كل واحدٍ من الشريكين في نوبته ينتفعُ بملك شريكه عوضًا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، ولكنا تركنا القياس وجوزناها بالكتاب والسنة.

أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥]، وهذا هو المهايأة.

والسنة ما رُوي: «أن الرجل الذي خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله صلى الله عليه

....

وسلم قال له صلى الله عليه وسلم: ماذا تصدقها؟ قال: نصف إزاري هذا، قال: إذا جلست في بيتك يومًا لتلبسه هي، ولبست يومًا وخرجت فيه»، وهذا هو تفسير المهايأة.

ولأن المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالأعيان، ثم القسمة في الأعيان المشتركة عند إمكان التعديل جائز، فكذلك في المنافع المشتركة، ولهذا يجبر القاضي الشركاء على المهايأة إذا طلب ذلك بعضهم وأبى البعض، والذي أبى لم يطلب قسمة العين.

وأمّا كيفية جوازها: فقد اختلف العلماء فيها، بعضهم قالوا: إن جرت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتـًا يسيرًا، كما في الثياب والأراضي، يعتبر إفرازًا من وجه، مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بِهذه المهايأة، ولكن إذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمةَ الأصل أجبر الآخر عليها، وإن جرت في الجنس المختلف كالدور، والعبيد، يعتبر مبادلة من كل وجهٍ في الجنس الواحد حتى لا يجوز من غير رضاهما؛ وهذا لما ذكرنا أن المهايأة قسمة المنافع فتعتبر بقسمة الأعيان، وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، واعتبرت مبادلة من وجه وإفراز من وجه في الجنس الواحد من الأعيان كالثياب، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه القسمة، ولكن إذا طلب أحدهما أجبر الآخر عليه؛ لأن التفاوت يسير، فكذا في قسمة المنافع.

وبعضهم قالوا: إن المهايأة في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتـًا يسيرًا يعتبر إفرازًا من وجه، عارية من وجه؛ لأن المهايأة جائزة في الجنس الواحد، ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد؛ لأنه حينئذٍ تكون مبادلة المنفعة بجنسها، وأنه يحرمُ ربا النساء، والأول أصح؛ لأن العاريةَ ما تكون بغير عوض وهذا بعوض؛ لأن كل واحد منهما ما يترك من المنفعة من نصيبه إلى صاحبه في نوبة صاحبه إنما يترك بشرط أن يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته، وإنما لم تحرم النساء؛ لأن القياس أن لا يحرم النساء بأحد وصفي علة ربا النقد؛ لأن الدين مع العين يستويان في العدد، إلا أن للعين فضلًا من حيث الجودة؛ لأن العين أفضل من الدين وأجودُ منه، إلا أن الفضلَ من حيث الجودة لا يحرم عند وجود وصفي

الْمُهَايَأَةُ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ، إِذْ قَدْ يَتَعَذَّرُ الِاجْتِمَاعُ عَلَى الِانْتِفَاعِ فَأَشْبَهَ الْقِسْمَةَ. وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ جَبْرُ الْقَاضِي كَمَا يَجْرِي فِي الْقِسْمَةِ، إِلَّا أَنَّ الْقِسْمَةَ أَقْوَى مِنْهُ فِي اسْتِكْمَالِ الْمَنْفَعَةِ؛ لِأَنَّهُ جَمْعُ الْمَنَافِعِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، وَالتَّهَايُؤُ جَمْعٌ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَلِهَذَا لَوْ طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْقِسْمَةَ وَالْآخَرُ الْمُهَايَأَةَ يَقْسِمُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي التَّكْمِيلِ. وَلَوْ وَقَعَتْ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ يَقْسِمُ وَتَبْطُلُ الْمُهَايَأَةُ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ، وَلَا يَبْطُلُ التَّهَايُؤُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَا بِمَوْتِهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْتَقَضَ لَاسْتَأْنَفَهُ الْحَاكِمُ فَلَا فَائِدَةَ فِي النَّقْضِ ثُمَّ الِاسْتِئْنَافِ.

علة الربا وهو القدر مع الجنس، فلأَن لا يحرم عند وجود أحد وصفي علة الربا أوْلَى، إلا أنا أثبتنا هذه الحرمة عند وجود أحد وصفي علة ربا الفضل، وهي القدر والجنس بالنص بخلاف القياس، والنصُّ وردَ فيما هو مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس، هذا كله من «المبسوط»، و«المغرب»، و«الذخيرة».

قوله: عَلَى أَنْ يَسْكُنَ هَذَا طَائِفَةً - أي: ناحية من دار - وَهَذَا طَائِفَةً - أي: ناحية أخرى منها - أَوْ هَذَا عُلُوَّهَا وَهَذَا سُفْلَهَا جَازَ، ثم لو انهدم العلو كان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفل؛ لأنه إنما رضي بسقوط حقه عن سكنى السفل بشرط سلامة سكنى العلو له، ولم يسلم حين انهدم فكان هو على حقه في سكنى السفل، وورثته في ذلك بمنزلته، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالتَّهَايُؤُ فِي هَذَا الْوَجْهِ إِفْرَازٌ لِجَمِيعِ الْأَنْصِبَاءِ، وإنما قيد بقوله: فِي هَذَا الْوَجْهِ، وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحدٍ؛ لأنه إذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل إفرازًا لا مبادلة للإمكان من الإفراز؛ لأَنَّهما إذا تهايئا مكانين في زمان واحد يتحقق معنى الإفراز، وأمَّا إذا كان التهايُؤ في الزمانين في مكان واحدٍ لا يمكن جعله إفرازًا، بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته فكان مبادلة لا إفرازًا.

(وَلَوْ تَهَايَأَ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ هَذَا طَائِفَةً وَهَذَا طَائِفَةً أَوْ هَذَا عُلُوَّهَا وَهَذَا سُفْلَهَا جَازَ)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ جَائِزَةٌ فَكَذَا المُهَايَأَةُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي هَذَا الوَجْهِ إِفْرَازٌ لِجَمِيعِ الأَنْصِبَاءِ لا مُبَادَلَةٌ وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْقِيتُ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَسْتَغِلَّ مَا أَصَابَهُ بِالمُهَايَأَةِ شُرِطَ ذَلِكَ فِي العَقْدِ أَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ) لِحُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَى مِلْكِهِ (وَلَوْ تَهَايَنَا فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا

قوله: وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْقِيتُ، وهذا أيضـًا إيضاح أنه إفراز؛ لأنه لو كان مبادلة لا تشترط التأقيت كما في الإجارة؛ لأنه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة حينئذٍ فيشترط التأقيت.

وقوله: شُرِطَ ذَلِكَ فِي العَقْدِ أَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ، هذا القيد للاحتراز عمَّا ذهب إليه أبو علي الشاشي رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: دار بين رجلين تهايئا على أن يسكن هذا منزلًا معلومًا وهذا منزلًا معلومًا، وعلى أن يؤاجر كل واحد منهما منزله ويأكل غلته فهو جائز، كذا ذكر في بعض الروايات، وذكر في بعض الروايات: أو على أن يؤاجر كل واحدٍ منهما منزله، فعلى الرواية الأولى: هذه مهايأة في السكنى والاستغلال جميعًا من حيث المكان، وبيان أنَّهما إذا تَهايئا في السكنى ولم يشترطا الإجارة أن كل واحدٍ منهما لا يملك إجارة منزله؛ إذ لو ملك كل واحدٍ منهما ذلك لم يكن لاشتراط الإجارة مع السكنى معنًى، وإلى هذا ذهب أبو على الشاشي رحمه الله.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: ظاهر المذهب أن كل واحدٍ منهما يملك إجارة منزله، وإن لم يشترط الإجارة وقت المهايأة، وعلى الرواية الثانية يكون هذا مهايأة إمَّا في السكنى أو في الاستغلال من حيث المكان، وبيان أن المهايأة في الاستغلال يجوز حالة الانفراد مقصودًا كما يجوز تبعًا للمهايأة في السكنى، ثم إنما ملك كل واحدٍ منهما إجارة منزله من غير الشرط في ظاهر المذهب على ما ذكره شمس الأئمة؛ لأن

جَازَ)، وَكَذَا هَذَا فِي البَيْتِ الصَّغِيرِ (لِأَنَّ المُهَايَأَةَ قَدْ تَكُونُ فِي الزَّمَانِ، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ حَيْثُ المَكَانِ) وَالأَوَّلُ مُتَعَيِّنٌ هَاهُنَا (وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي التَّهَايُؤِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ وَالمَكَانِ فِي مَحَلٍّ يَحْتَمِلُهُمَا يَأْمُرُهُمَا القَاضِي بِأَنْ يَتَّفِقَا)؛ لِأَنَّ التَّهَايُؤَ فِي المَكَانِ أَعْدَلُ وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ، فَلَمَّا اخْتَلَفَتِ الجِهَةُ لا بُدَّ مِنَ الِاتِّفَاقِ (فَإِنِ اخْتَارَاهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ يُقْرَعُ فِي البِدَايَةِ) نَفْيًا لِلتُّهَمَةِ (وَلَوْ تَهَايَئَا فِي العَبْدَيْنِ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا هَذَا العَبْدُ وَالآخَرَ الآخَرُ جَازَ عِنْدَهُمَا)؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَهُمَا جَبْرًا مِنَ القَاضِي وَبِالتَّرَاضِي فَكَذَا المُهَايَأَةُ.

المهايأة قسمة المنفعة، فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يحصل مستحقًّا له باعتبار قديم ملكه؛ لأن المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة قسمة المكيل والموزون، فيملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له شرطَ ذلك أو لم يشترط.

قوله: لِأَنَّ التَّهَايُؤَ فِي المَكَانِ أَعْدَلُ، لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لأحدهما على الآخر، أمّا لو تهايئا زمانًا بأن يكون يومًا لهذا ويومًا لهذا فلا بدَّ أن يتقدم نوبة أحدهما على الآخر، فلا تبقي المساواة بينهما في الانتفاع فلا يكون عدلًا.

قوله: وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ؛ لأن كل واحد منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته، فكان انتفاع كل واحدٍ منهما بالدار أكمل في نوبته لانتفاعه بجميع الدار، بخلاف التهايؤ من حيث المكان فإن فيه انتفاعًا ببعض الدار، فكان انتفاعه بالدار أنقص.

قوله: عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا، أي: هذا الشريك، وقوله: هَذَا، في محل النصب بالمفعولية، وقوله: هَذَا العَبْدُ، بالرفع، وكذلك: الآخَرَ الآخَرُ، بنصب الأول ورفع الثاني.

قوله: جَازَ عِنْدَهُمَا - أي: عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله - لِأَنَّ القِسْمَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ جَائِزَةٌ ... جَبْرًا مِنَ القَاضِي، أي: عندهما.

وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَقْسِمُ القَاضِي. وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ عِنْدَهُ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَقْسِمُ القَاضِي عِنْدَهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ مِنْ حَيْثُ الخِدْمَةِ قَلَّمَا تَتَفَاوَتُ، بِخِلَافِ أَعْيَانِ الرَّقِيقِ لِأَنَّهَا تَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ تَهَايَئَا فِيهِمَا عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عَبْدٍ عَلَى مَنْ يَأْخُذُهُ جَازَ) اسْتِحْسَانًا لِلْمُسَامَحَةِ فِي إطْعَامِ المَمَالِيكِ بِخِلَافِ شَرْطِ الكِسْوَةِ لا يُسَامَحُ فِيهَا (وَلَوْ تَهَايَئَا فِي دَارَيْنِ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا جَازَ وَيُجْبِرُ القَاضِي عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الدَّارَيْنِ عِنْدَهُمَا كَدَارٍ وَاحِدَةٍ. وَقَدْ قِيلَ لا يُجْبِرُ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِالقِسْمَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ فِيهِمَا أَصْلًا بِالجَبْرِ لِمَا قُلْنَا، وَبِالتَّرَاضِي؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى، بِخِلَافِ قِسْمَةِ رَقَبَتِهِمَا؛ لِأَنَّ

قوله: وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْهُ، يعني: قال بعض المشايخ بأن عنده لا يقسم، وقد رُوي عنه كما قال ذلك البعض.

وحاصل مسائل التهايؤ في العبيد هو أن التهايؤ في استخدام عبد واحدٍ بينهما من غير استغلال يجوز بلا خلاف، وكذلك في العبدين على الأصح، أي: يجوز بلا خلاف، وأمَّا التهايؤ في العبد الواحد بينهما من حيث الاستغلال فلا يجوز بالاتفاق، والتهايُؤ في العبدين بينهما من حيث الاستغلال فيجوز عندهما، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله على ما يجيء.

قوله: وَلَوْ تَهَايَئَا فِي دَارَيْنِ، أي: على السكنى أو الغلة.

قوله: وَقَدْ قِيلَ لا يُجْبِرُ عِنْدَهُ، وهو قول الكرخي رحمه الله.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ فِيهِمَا أَصْلًا، أي: لا بطريق الجبر، ولا بطريق التراضي، أمَّا بِالجَبْرِ لِمَا قُلْنَا، وهو قوله: اعْتِبَارًا بِالقِسْمَةِ، وأمَّا بالتراضي فلما ذكر في الكتاب من أنه بيع السكنى بالسكنى، وهو غير جائز على ما مرَّ في الإجارات.

بَيْعَ بَعْضِ أَحَدِهِمَا بِبَعْضِ الآخَرِ جَائِزٌ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّفَاوُتَ يَقِلُّ فِي المَنَافِعِ فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي وَيَجْرِي فِيهِ جَبْرُ القَاضِي وَيُعْتَبَرُ إِفْرَازًا أَمَّا يَكْثُرُ التَّفَاوُتُ فِي أَعْيَانِهِمَا فَاعْتُبِرَ مُبَادَلَةً.

(وَفِي الدَّابَّتَيْنِ لا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ عَلَى الرُّكُوبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ) اعْتِبَارًا بِقِسْمَةِ الأَعْيَانِ. وَلَهُ أَنَّ الاِسْتِعْمَالَ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ الرَّاكِبِينَ فَإِنَّهُمْ بَيْنَ حَاذِقٍ وَأَخْرَقَ. وَالتَّهَايُؤُ فِي الرُّكُوبِ فِي دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى هَذَا الخِلَافِ لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْدُمُ بِاخْتِيَارِهِ فَلَا يَتَحَمَّلُ زِيَادَةً عَلَى طَاقَتِهِ وَالدَّابَّةُ تَحْمِلُهَا. وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فِي الاِسْتِغْلَالِ يَجُوزُ فِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَفِي العَبْدِ الوَاحِدِ وَالدَّابَّةِ الوَاحِدَةِ لا يَجُوزُ. وَوَجْهُ الفَرْقِ هُوَ أَنَّ النَّصِيبَيْنِ، يَتَعَاقَبَانِ فِي الاِسْتِيفَاءِ،

وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكرناه من رواية «الذخيرة»: وهو أن الحرمة عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص بخلاف القياس، والنص وردَ فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع، والمهايأة: إفرازٌ من وجه، مبادلةٌ من وجه فيعمل فيها بقضية القياس؛ لأن الحكم إذا ثبتَ بخلاف القياس يراعى فيه جميع شرائط ما ورد فيه النص.

وذكر في «الإيضاح»: وذهب أبو الحسن إلى أن معنى قول أبي حنيفة رحمه الله: أن الدورَ لا تقسم، معناه: أن لا يفعل القاضي وإن فعل جاز، فعلى هذا القول القسمة في الأصول جائزة فكذا في المهايأة، ثم بيان الوجه أن يقال بأن قسمة الأعيان يقع بالقيمة، وقيمة البناء يختلف اختلافاً بيِّناً، وإذا كثر التفاوت التحقت بالأعيان المختلفة في حق القسمة، فأمَّا السكنى فالمعتبر فيه الصلاحية وقلَّما يقع فيه التفاوت، فصارت الدور كالأعيان المتقاربة في حق التهايؤ، وفي حق القسمة أجناس مختلفة وكذلك الاستغلال يجوز؛ لأنه بدل المنفعة، فإذا جاز التهايؤ في المنفعة كذا في الاستغلال.

قوله: وَالدَّابَّةُ تَحْمِلُهَا، على صيغة بناء المفعول.

وَالِاعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الحَالِ. وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ فِي العَقَارِ وَتَغَيُّرُهُ فِي الحَيَوَانِ لِتَوَالِي أَسْبَابِ التَّغَيُّرِ عَلَيْهِ فَتَفُوتُ المُعَادَلَةُ. وَلَوْ زَادَتِ الغَلَّةُ فِي نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا عَلَيْهَا فِي نَوْبَةِ الآخَرِ يَشْتَرِكَانِ فِي الزِّيَادَةِ لِيَتَحَقَّقَ التَّعْدِيلُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ التَّهَايُؤُ عَلَى المَنَافِعِ فَاسْتَغَلَّ أَحَدُهُمَا فِي نَوْبَتِهِ زِيَادَةً؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيمَا وَقَعَ عَلَيْهِ التَّهَايُؤُ حَاصِلٌ وَهُوَ المَنَافِعُ فَلَا تَضُرُّهُ زِيَادَةُ الِاسْتِغْلَالِ مِنْ بَعْدُ (وَالتَّهَايُؤُ عَلَى الِاسْتِغْلَالِ فِي الدَّارَيْنِ جَائِزٌ) أَيْضًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ فَضَلَ غَلَّةُ أَحَدِهِمَا لَا يَشْتَرِكَانِ فِيهِ بِخِلَافِ الدَّارِ الوَاحِدَةِ. وَالفَرْقُ أَنَّ فِي الدَّارَيْنِ مَعْنَى التَّمْيِيزِ، وَالإِفْرَازُ

قوله: وَلَوْ زَادَتِ الغَلَّةُ فِي نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا - أي: زادت الغلة في الدار الواحدة - **عَلَيْهَا**، أي: على الغلة.

وذكر في «الذخيرة»: فإن أغلت إحدى الدارين ولم تغل الدار الأخرى فليس للذي لم تغل داره أن يشارك الآخر في غلة داره؛ لأن الذي أغلت داره إنما آجر داره لنفسه بإذن شريكه، ولو آجرها بنفسه بغير إذن شريكه كانت الغلة له، فكذا إذا آجرها بإذن شريكه وتكون الغلة طيبةً له؛ لأن الإجارة حصلت بإذن الشريك، وفي الدار الواحدة إذا تهايأ على الاستغلال زمانًا فأغلت في نوبة أحدهما أكثر فالزيادة والفضل بينهما؛ لأن معنى الإفراز والقسمة في الدارين أرجح على معنى أن كل واحدٍ منهما يصل إلى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه، فما يستوفيه كل واحدٍ منهما عوض عن قديم ملكه استوجبه لعقده فيسلم له، وفي الدار الواحدة إذا تهايأ في الاستغلال زمانًا فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها وذلك لا يكون قضية للقسمة، فيجعل كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، وما يقبضه كل واحدٍ منهما يجعل عوضًا عمَّا يقبض صاحبه من عوض نصيبه، والمعاوضة تقتضي المساواة فعند التفاضل ثبت التراجع فيما بينهما ليستويا.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله: وَالِاعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الحَالِ**، إلى آخره.

رَاجِحٌ لِاتِّحَادِ زَمَانِ الِاسْتِيفَاءِ، وَفِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ يَتَعَاقَبُ الوُصُولُ فَاعْتُبِرَ قَرْضًا وَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ فِي نَوْبَتِهِ كَالوَكِيلِ عَنْ صَاحِبِهِ فَلِهَذَا يَرُدُّ عَلَيْهِ حِصَّتَهُ مِنَ الفَضْلِ، وَكَذَا يَجُوزُ فِي العَبْدَيْنِ عِنْدَهُمَا اعْتِبَارًا بِالتَّهَايُؤِ فِي المَنَافِعِ، وَلا يَجُوزُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنْهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ فِي العَبْدِ الوَاحِدِ فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ الجَوَازُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي الخِدْمَةِ جُوِّزَ ضَرُورَةً، وَلا ضَرُورَةَ فِي الغَلَّةِ،

قوله: وَكَذَا يَجُوزُ فِي العَبْدَيْنِ عِنْدَهُمَا، أي: يجوز التهايؤ في استغلال العبدين عندهما اعتبارًا بالتهايؤ في المنافع، وهو التهايؤ في الاستخدام الحالي عن الاستغلال.

قوله: لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنْهُ - أي: من التفاوت - مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ فِي العَبْدِ الوَاحِدِ، ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، فأَوْلَى أن لا يجوز الاستغلال في العبدين، ولكنهما يفترقان بين جواز التهايؤ في استغلال العبدين وبين عدم جواز التهايؤ في استغلال العبد الواحد، ذكره في «المبسوط» وقال:

فهما يقولان: معنى القسمة والتمييز يترجح في علة العبدين؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى نصيبه في الوقت الذي يصل إليه صاحبه، فيجوز ذلك كما في المهايأة في الخدمة، وفي علة الدارين، فأمَّا في العبد الواحد فمعنى المفاوضة يغلب؛ لأنه يصل أحدهما إلى الغلة قبل أن يصل الآخر إليه، وفيه معنى الخطر فرُبَّما يعرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة، وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية، ومعنى الخطر في المفاوضة مبطل له وبه فارق علة الدار واحدة؛ لأن الغالب فيها السلامة.

قوله: وَالتَّهَايُؤُ فِي الخِدْمَةِ جُوِّزَ ضَرُورَةً، هذا جواب إشكال يرد على قوله: لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ، إلى آخره، بأن قيل: لو كان التعليل بالتفاوت في أعيان الرقيق معولًا عليه لما جاز ذلك في الاستخدام، بل يجوز التهايؤ في استخدام العبد الواحد بالاتفاق في جميع الروايات، وفي العبدين على الأصح على ما مرَّ.

لِإِمْكَانِ قِسْمَتِهَا لِكَوْنِهَا عَيْنًا، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ التَّسَامُحُ فِي الخِدْمَةِ وَالِاسْتِقْصَاءُ فِي الِاسْتِغْلَالِ فَلَا يَنْقَسِمَانِ.

(وَلا يَجُوزُ فِي الدَّابَّتَيْنِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا) وَالوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ (وَلَوْ كَانَ نَخْلٌ أَوْ شَجَرٌ أَوْ غَنَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَتَهَايَئَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَائِفَةً يَسْتَثْمِرُهَا أَوْ يَرْعَاهَا وَيَشْرَبُ أَلْبَانَهَا لا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّ المُهَايَأَةَ فِي المَنَافِعِ ضَرُورَةُ أَنَّهَا لا تَبْقَى

قوله: لِإِمْكَانِ قِسْمَتِهَا - أي: لإمكان قسمه الغلة - لِكَوْنِهَا - أي: لكون الغلة - عَيْنًا؛ لأنَّها دراهم أو دنانير، وفي بعض النسخ: لكونه على تأويل الآجر، أو بدل الإجارة، أي: لا حاجة للشريكين في العبد الواحد أو في العبيد إلى التهايؤ في الاستغلال الذي هو مفوت المعادلة على ما ذكر؛ لأنه يمكن استغلالها إيَّاه على طريق الشركة، ثم يقسمان ما حصل من غلة العبد من الدراهم أو الدنانير.

قوله: وَالوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ، وهو قوله: وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِقِسْمَةِ الأَعْيَانِ. وَلَهُ أَنَّ الِاسْتِعْمَالَ يَتَفَاوَتُ، إلى آخره، وهذه أعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها، فلا يجوز المهايأة لذلك.

فإن قلتَ: يشكل على هذا التهايؤ في ألبان الجاريتين، وهو أن تكون الجاريتان بين رجلين ولهما ابن تهايأ الشريكان على أن ترضع هذه ابنَ سنتين، وترضع هذه ابن هذا سنتين، كان جائزًا مع أن ألبانُهما أيضًا أعيان، ولم تجوز المهايأة في ألبان البقر بعلة أنَّها أعيان، والمسألة في «المنتقى».

قلتُ: لأن ألبان بني آدم لا قيمة لها إلا عند العقد بطريق التبعية على ما مرَّ في الإجارات، فجرت مجرى المنافع، والمهايأة إنما تكون في المنافع فلذلك جاز فيها المهايأة، وأمَّا ألبان البقر والإبل والغنم فلها قيمة، فكانت أعيانًا على حقيقتها فلم يجز فيها المهايأة، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

فَيَتَعَذَّرُ قِسْمَتُهَا، وَهَذِهِ أَعْيَانٌ بَاقِيَةٌ تَرِدُ عَلَيْهَا القِسْمَةُ عِنْدَ حُصُولِهَا.

وَالحِيلَةُ أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ مِنَ الآخَرِ ثُمَّ يَشْتَرِيَ كُلَّهَا بَعْدَ مُضِيِّ نَوْبَتِهِ أَوْ يَنْتَفِعَ بِاللَّبَنِ بِمِقْدَارٍ مَعْلُومٍ اسْتِقْرَاضًا لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ، إِذْ قَرْضُ المُشَاعِ جَائِزٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

وفيها أيضـًا: أمة بين رجلين خافَ كل واحدٍ منهما صاحبه عليها، فقال أحدهما: تكون عندك يومًا وعندي يومًا، وقال الآخر: بل نصفها على يدي عدلٍ، فإنِّي أجعلها عند كل واحد منهما يومًا، ولا أضعها على يدي عدل.

قال مشايخنا: ويحتاط في باب الفروج في جميع المواضع، نحو العتق في الجواري، والطلاق في النساء في فصول الشهادة، وغير ذلك إلا في هذا، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه.

قوله: أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ، أي: من الشجر والغنم، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ المُزَارَعَةِ)

كتـاب المزارعة

لمَّا كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها.

اعلم أن المزارعة من المكاسب، فكانت المحاسن والأسباب المذكورة في البيوع مذكورة هنا، وما ذكر في الكتاب من معنى المزارعة لغةً وشرعًا أغنانا عن ذكره، وما سوى ذلك ظاهر.

قوله: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: المُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ، وإنما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركًا بلفظ الحديث الذي جاء بذلك، وهو ما ذكره في «المبسوط» بقوله: «رُوي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نَهى عن المخابرة، فقيل: وما المخابرة؟ قال: المزارعة بالثلث والربع»، وإنما خصَّ في هذا الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير.

أو نقول: لو لم يقل بهذا الطريق وهو تعيين قدر النصيب شائعًا وجبَ أن لا يبين قدر نصيب المزارع أصلًا، أو يتبين قفزانًا مسماة، فكل واحدٍ منهما مفسد المزارعة بالإجماع، والذي نحن فيه مسوق لبيان مذهب أبي حنيفة رحمه الله على الخصوص بأن المزارعة فاسدة، ولا يعلم ذلك إلا بِهذا الطريق الذي ذكر في الكتاب.

وذكر في «الذخيرة»: وإن أراد صاحب الأرض والمزارع أن يطيب لهما الزرع عندهما في موضع فسدت المزارعة عندهما، أو عند أبي حنيفة رحمه الله في موضع صحت المزارعة عندهما، فالوجه في ذلك ما حُكي عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله أنه قال:

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: الْمُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ) اعْلَمْ أَنَّ الْمُزَارَعَةَ لُغَةً: مُفَاعَلَةٌ مِنَ الزَّرْعِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الخَارِجِ. وَهِيَ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هِيَ جَائِزَةٌ لِمَا رُوِيَ أَنَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى نِصْفِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ» وَلِأَنَّهُ عَقْدُ شَرِكَةٍ بَيْنَ المَالِ وَالعَمَلِ فَيَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالمُضَارَبَةِ وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، فَإِنَّ ذَا المَالِ قَدْ لا يَهْتَدِي إِلَى العَمَلِ وَالقَوِيُّ عَلَيْهِ لا يَجِدُ المَالَ، فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَى انْعِقَادِ هَذَا العَقْدِ بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ دَفْعِ الغَنَمِ وَالدَّجَاجِ وَدُودِ القَزِّ مُعَامَلَةً بِنِصْفِ الزَّوَائِدِ؛ لِأَنَّهُ لا أَثَرَ هُنَاكَ لِلْعَمَلِ فِي تَحْصِيلِهَا فَلَمْ تَتَحَقَّقْ شَرِكَةٌ.

يميز النصيبان: نصيب رب الأرض، ونصيب المزارع، ويقول رب الأرض للمزارع: وجبَ لي عليك أجر مثل الأرض أو نقصانها، ووجبَ لك عليَّ أجر مثل عملك وثيرانك، وقدر بذرك، فهل صالحتني على هذه الحنطة، وعلى ما وجب لك عليَّ ممَّا وجبَ لي عليك، فيقول المزارع: صالحتُ، ويقول لرب الأرض: قد وجبَ لي عليك أجر مثل عملي وبذري، ووجب لك عليَّ أجر مثل الأرض أو نقصانها، فهل صالحتَني عما وجب لك عليَّ على ما وجبَ لي عليك، وعلى هذه الحنطة؟ فيقول رب الأرض: صالحتُ، فإذا تراضيا على ذلك جاز، ويطيب لكل واحد منهما ما أصابه؛ لأن الحق بينهما لا يعدوهما، فإذا تراضيا على ذلك فقد زال الموجب للحنث.

قوله: لِأَنَّهُ لا أَثَرَ هُنَاكَ لِلْعَمَلِ؛ لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه، وإذا كان مضافًا إليه لا يضاف إلى غيره، وهو العامل فلم تتحقق الشركة.

قوله: وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ، والدليل على أنه استئجار هو أنه لا يصح بدون ذكر المدة، وذلك من خصائص الإجارات، فكان هذا استئجارًا بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، ونَهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان، وهو أن يستأجر

وَلَهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ وَهِيَ الْمُزَارَعَةُ»؛ وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ؛ وَلِأَنَّ الْأَجْرَ مَجْهُولٌ أَوْ مَعْدُومٌ وَكُلُّ ذَلِكَ مُفْسِدٌ، وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ بِطَرِيقِ الْمَنِّ وَالصُّلْحِ وَهُوَ جَائِزٌ (وَإِذَا فَسَدَتْ عِنْدَهُ فَإِنْ سَقَى الْأَرْضَ وَكَرَبَهَا وَلَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ مِنْهُ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى إِجَارَةٍ

رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها.

قوله: وَلِأَنَّ الْأَجْرَ مَجْهُولٌ - أي: على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة، أو أقل منها، أو أكثر - أَوْ مَعْدُومٌ، أي: على تقدير أن لا يخرج من الأرض شيء، أو أصابته آفة، أو أن ذلك الأجر لا يثبت في الذمة فيكون معدومًا حقيقة، بخلاف ما إذا استأجر شيئًا وليس في ملكه شيء من الأجر حيث يصح الاستئجار لوجود الأجر في الذمة.

قوله: وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ، اعلم أن الخراج على نوعين: خراج وظيفة، وخراج مقاسمة.

فالوظيفة: هي أن يوظف الإمام كل سنة على مال، كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل نجران على أن يؤدوا كل سنة ألفًا ومائتي حلة، ستمائة في محرم، وستمائة في رجب.

والمقاسمة: هي أن لا يقسم الإمام ما يخرج من الأرض، كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر على أن ما يخرج من أراضيهم نصفه للنبي صلى الله عليه وسلم ونصفه لأهلها، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في زكاة «الجامع الصغير».

وليس في هذا الحديث حجة لمن جوز المزارعة؛ لأن ذلك كان على سبيل المصالحة فإنه لو أخذ الكل جاز، فإنه عليه السلام ملكه غنيمةً فكان ما ترك في أيديهم فضلًا، وقد ورد في هذا الحديث أنه صلى الله عليه وسلم قال لأهل خيبر: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ»، أمركم على ما

فَاسِدَةٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الأَرْضِ. وَإِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ وَلِلْآخَرِ الأَجْرُ كَمَا فَصَّلْنَا، إِلَّا أَنَّ الفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا وَلِظُهُورِ تَعَامُلِ الأُمَّةِ بِهَا. وَالقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ (ثُمَّ المُزَارَعَةُ لِصِحَّتِهَا عَلَى قَوْلِ مَنْ يُجِيزُهَا شُرُوطٌ: أَحَدُهَا كَوْنُ الأَرْضِ صَالِحَةً لِلزِّرَاعَةِ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ لا يَحْصُلُ بِدُونِهِ (وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ رَبُّ الأَرْضِ وَالمُزَارِعُ مِنْ أَهْلِ العَقْدِ وَهُوَ

أمركم الله» ولم يبين مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان المدة المعلومة فلم يصح الحديث حجةً.

وأمَّا الجوابُ عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا: لا يصح الاستدلال بعقد المضاربة؛ لأن معنى الشركة ثم أغلب حتى صح بدون ضرب المدة، فيكون الربح متولدًا من العمل والمال جميعًا، وعقد الشركة عقد ينعقد على محض العمل كما في شركة الأعمال، فلم تكن المزارعة نظير المضاربة؛ لأن معنى الإجارة في المزارعة أغلب لاشتراط المدة فيها، بخلاف المضاربة فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَالخَارِجُ كُلُّهُ فِي الوَجْهَيْنِ - أي: فيما إذا كان البذر من قبل العامل، أو من قبل رب الأرض - لِصَاحِبِ البَذْرِ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، فإن قلتَ: ما وجه الفرق بين هذا وبين مسألة الغصب، وهي ما إذا غصب رجل من إنسان بذرًا فزرعه إن الزرع يكون للزارع لا لصاحب البذر مع أن الخارج هناك أيضًا نماء ملك صاحب البذر؟

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الغاصب هناك عامل لنفسه، وإضافة الخارج إلى عمله أَوْلَى من الإضافة إلى البذر؛ لأنه في العمل مختارٌ وهو المكتسب المحصل، وهاهنا هو عامل في بذر الغير بأمره فيعتبر الأمر، فيجعل العمل مضافًا إلى الأمر فبقي البذر أصلًا، فيضاف النماء إليه، كما لو وقع البذر بنفسه فيثبت، كذا في «الإيضاح».

قوله: كَمَا فَصَّلْنَا، وهو قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الأَرْضِ، إلى آخره.

لا يَخْتَصُّ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ مَا لا يَصِحُّ إلَّا مِنَ الأَهْلِ (وَالثَّالِثُ بَيَانُ المُدَّةِ)؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ الأَرْضِ أَوْ مَنَافِعِ العَامِلِ وَالمُدَّةُ هِيَ المِعْيَارُ لَهَا لِيَعْلَمَ بِهَا (وَالرَّابِعُ

قوله: وَالثَّالِثُ بَيَانُ المُدَّةِ، فإن قلتَ: ذكر بيان المدة مطلقًا ولم يبين مقدار المدة كم تكون؟ ولا شك أن المدة لو كانت قليلة جدًا بحيث لا يدرك الزرع فيها لا يصح لعدم الفائدة، ولو كانت طويلة جدًّا بحيث لا يعيشان إليها كانت بمنزلة التأبيد فلا يصح أيضًا، فلا بد من ذكر مقدار المدة التي تصح بها المزارعة، فكم هي؟

قلتُ: قال في «الذخيرة»: ومن الشرائط بيان المدة بأن يقول: إلى سنة، أو إلى سنتين، أو ما أشبهه، وإن بيَّن وقتًا لا يتمكن فيه من المزارعة فسدت المزارعة فصار ذكره وعدم ذكره سواء، وكذلك إذا بيَّن مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبًا لا يجوز؛ لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت.

وذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله: إن مشايخنا يقولون في الإجارة الرسمية التي تعقد إلى ثلاثين سنة: إذا كان لا يتوهم حياة العاقدين إلى تلك المدة غالبًا بأن كانا شيخين كبيرين أو أحدهما لم يجوزوا ذلك، وكأن هذا القائل جعل الغالب من الموت كالمتيقن به، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن في فصل المفقود إذا ماتَ أقرانه وأترابه يقسم ماله بين ورثته ويجعل كأنه مات، وإن كان في قدرة الله تعالى أن يعيشه إلى آخر الدهر، وبعض مشايخنا جوزوا ذلك وإليه مال الخصَّافُ رحمه الله، فكأنه اعتبره بالنكاح، فإن من تزوج امرأة إلى مائة سنة أو إلى مدة لا يتوهم حياتهما في تلك المدة، فإن النكاح لا يجوز في ظاهر الرواية وجعل ذلك بمنزلة نكاح مؤقت.

وعند محمد بن سلمة رحمه الله: أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة ويقع على سنة واحدة، أي: على زرع واحدٍ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن عقد المزارعة - عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ الأَرْضِ - أي: إذا كان البذر من قبل العامل - أَوْ مَنَافِعِ العَامِلِ - أي: إذا كان البذر من قبل رب الأرض - وَالمُدَّةُ هِيَ المِعْيَارُ لَهَا - أي: للمنافع - لِيَعْلَمَ بِهَا، أي: ليعلم العقد بالمدة.

بَيَانُ مَنْ عَلَيْهِ البَذْرُ) قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ وَإِعْلَامًا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مَنَافِعُ الأَرْضِ أَوْ مَنَافِعُ العَامِلِ. (وَالخَامِسُ بَيَانُ نَصِيبِ مَنْ لا بَذْرَ مِنْ قِبَلِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ عِوَضًا بِالشَّرْطِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، وَمَا لا يُعْلَمُ لا يَسْتَحِقُّ شَرْطًا بِالعَقْدِ.

(وَالسَّادِسُ أَنْ يُخَلِّيَ رَبُّ الأَرْضِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ العَامِلِ، حَتَّى لَوْ شَرَطَ عَمَلَ رَبِّ الأَرْضِ يُفْسِدُ العَقْدَ) لِفَوَاتِ التَّخْلِيَةِ (وَالسَّابِعُ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ بَعْدَ حُصُولِهِ)؛

وفي «المبسوط»: والمنفعة لا يعلم مقدارها إلا ببيان المدة، فكانت المدة معيارًا للمنفعة بمنزلة الكيل والوزن، وهذا بخلاف المضاربة فإن هناك بالتصرف المال لا يصير مستهلكًا، فلا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم لذلك العقد، وهنا البذر يصير مستهلكًا بالإلقاء في الأرض، فَبِنَا حاجةٌ إلى القول بلزوم هذا العقد لدفع الضرر من الجانبين، ولا يكون ذلك إلا بعد إعلام المعقود عليه من الثاني.

قوله: وَإِعْلَامًا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مَنَافِعُ الأَرْضِ - أي: إذا كان البذر من قبل العامل - أَوْ مَنَافِعُ العَامِلِ، أي: إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وبه صرح في «المبسوط»، فلا بد من بيان المعقود عليه، وجهالةُ مَنِ البذر من قبله يؤدي إلى المنازعة بينهما.

ثم إذا كان البذر من قبل رب الأرض فهو مستأجر للعامل، وإذا كان من قبل العامل فهو مستأجر للأرض فلا بد من بيانه، وهذا إذا لم يذكر لفظًا يدل على أن البذر من قبل من هو؟ وأمَّا إذا ذكر لفظًا يدل عليه فذلك يكفي، فقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله أن من قال لغيره: أجرتك أرضي هذه سنة بالنصف، أو قال: بالثلث، يجوز والبذر على المزارع؛ لأن الأجرة تكون على المستأجر، فهذا بيان أن البذر على المزارع، ولو قال: استأجرتك لتزرع أرضي هذه بالثلث، فهذا جائز والبذر على رب الأرض، أمَّا لو قال: دفعتُ أرضي إليك مزارعة بالثلث لا يجوز؛ إذ ليس فيه بيان من عليه البذر.

وحُكي عن بعض مشايخ بلخ: أن بيان من عليه البذر إنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من يكون؟ أو كان العرف مشتركًا، أمَّا إذا كان في موضع فيه عرف

لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ شَرِكَةً فِي الِانْتِهَاءِ، فَمَا يَقْطَعُ هَذِهِ الشَّرِكَةَ كَانَ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ (وَالثَّامِنُ بَيَانُ جِنْسِ الْبَذْرِ) لِيَصِيرَ الأَجْرُ مَعْلُومًا.

قَالَ: (وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ وَالبَقَرُ

ظاهر أن البذر على من هو؟ لا يشترط بيان من عليه البذر؛ لأن المعروف كالمشروط، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَمَا يَقْطَعُ هَذِهِ الشَّرِكَةَ كَانَ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ؛ لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم.

وعن هذا قلنا: إذا شرطَ لصاحب البذر أن يرفع قدر البذر من الخارج والباقي بينهما أن المزارعة تفسد؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا قدر البذر، ولو شرط لصاحب البذر قدر العشر من الخارج والباقي بينهما صحت المزارعة؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج؛ لأن الخارج وإن قلَّ يكون له عشر، وهذا هو الحيلة لصاحب البذر إذا أراد أن يصل إليه قدر البذر، أن يشترط لنفسه قدر البذر باسم العشر، أو الثلث، أو ما أشبهه، والباقي بينهما.

قوله: وَالثَّامِنُ بَيَانُ جِنْسِ الْبَذْرِ، وهذا قياس.

وفي الاستحسان: بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فُوِّض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في أول المزارعة، وذكر في موضع آخر: أن بيان ما يزرع في الأرض شرط من غير ذكر القياس والاستحسان، وهذا أقربُ إلى الصواب، إلا إذا عمَّ بأن قال: ما بدا لك وكان البذر من جهة المزارع، أو قال: ما بدا لي وكان البذر من جهة رب الأرض، وإن لم يكن شيء من ذلك حتى فسدت المزارعة فزرعها مع ذلك ينقلب العقد جائزًا؛ لأن جنس البذر صار معلومًا حال تأكد المزارعة، فهو نظير ما لو استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها، حتى فسدت الإجارة وحمل عليها بعد ذلك شيئًا ينقلب العقد جائزًا، كذا هاهنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ، فوجه الانحصار على هذه الأربعة قلنا: إن ما

وَالعَمَلُ لِوَاحِدٍ جَازَتِ المُزَارَعَةُ)؛ لِأَنَّ البَقَرَ آلَةُ العَمَلِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ بِإِبْرَةِ الخَيَّاطِ (وَإِنْ كَانَ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالعَمَلُ وَالبَقَرُ وَالبَذْرُ لِوَاحِدٍ جَازَتْ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارُ الأَرْضِ بِبَعْضٍ مَعْلُومٍ مِنَ الخَارِجِ فَيَجُوزُ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا بِدَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ.

تقوم به المزارعة أربعة أشياء وهي: الأرض، والبذر، والعمل، والبقر، وهذا أمر محسوس لا حاجة إلى الدليل، ثم هذه الأربعة بين الشريكين في المزارعة لا تخلو: إمَّا أن كان كلها لأحدهما دون الآخر، أو لهما، فالأول منتفٍ؛ لأن عقد المزارعة شركة انتهاء، والشركة تقتضي الخلط في الشيء بين الشريكين، فلو لم يكن من أحد الجانبين شيء لا يتصور الشركة، ولو كان لهما فلا يخلو: إمَّا أن يكون بينهما بالتنصيف في هذه الأربعة، أو بإثبات الأكثر، وهو الثلاثة لأحدهما، فإن كان بالتنصف فهو على وجهين:

أحدهما: أن تكون الأرض والبذر لواحد، والعمل والبقر لآخر، وهو الوجه الأول.

والثاني: أن تكون الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لواحد، وهو الوجه الرابع.

ولو كان بإثبات الأكثر لأحدهما فهو على وجهين أيضًا:

أحدهما: أن تكون الأرض لواحد والباقي للآخر، وهو الوجه الثاني.

والثاني: أن يكون العمل لأحدهما والباقي للآخر، وهو الوجه الثالث، فهذه كلها جائزة إلا الواحد وهو الوجه الرابع، وهذا الانحصار على رواية «مختصر القدوري».

وأمَّا الانحصار العقلي بالنسبة إلى هذه الأشياء المذكورة أعني: الأرض، والبذر، والبقر، والعمل، من غير تصور الاشتراك بينهما في الواحد فسبعة أوجه، أربعة بطريق الانفراد لأحدهما والباقي للآخر، وهو أن يقول:

الأرض لأحدهما والباقي للآخر، والبذر لأحدهما والباقي للآخر، والعمل لأحدهما والباقي للآخر، والبقر لأحدهما والباقي للآخر، وحكم هذه الأربعة مذكورة في الكتاب، إلا حكم البقر لأحدهما والباقي للآخر، فحكمه كحكم أن يكون البذر لأحدهما والباقي

(وَإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالبَذْرُ وَالبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالعَمَلُ مِنْ آخَرَ جَازَتْ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ

للآخر وهو الفساد.

وثلاثة بطريق الاختلاط وهي أن نقول: الأرض والبذر لأحدهما والعمل والبقر للآخر، والبذر والعمل لأحدهما والأرض والبقر للآخر، والأرض والعمل لأحدهما والبذر والبقر للآخر، فحكم هذه الثلاثة مذكور في الكتاب أيضًا، وهو الفساد في الثاني والثالث، والجواز في الأولين.

وأمَّا إذا كان الاشتراك بينهما في الواحد منها بأن كانت الأرض مشتركة فيما بينهما، وكذلك في غيرها فوجوهها كثيرة.

ثم اعلم أن هذه المسائل في الجواز والفساد مبنية على أصل، وهو أن المزارعة تنعقد إجارة، وتتم شركة، وإنما تنعقد إجارة على منفعة الأرض، أو على منفعة العامل، ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر؛ لأن الشرع لم يرد به فأخذنا فيه بالقياس؛ لأن الاستئجار ببعض الخارج لا يجوز قياسًا، وأمَّا في استئجار الأرض، أو استئجار العامل فقد ورد الشرع به فنقول به.

أمَّا الأول: فهو أن استئجار الأرض للمزارعة ببعض ما يخرج منها جائز؛ لأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، ولتعامل الناس، فإن الناس تعاملوا اشتراط البذر على المزارع، ومتى كان البذر على المزارع صار المزارع مستأجرًا للأرض ببعض الخارج، وكذلك استئجار العامل ببعض الخارج جائز؛ لأثر رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل الخيبر، ولتعامل الناس، فإنَّهم تعاملوا اشتراط البذر على رب الأرض، وإذا شرط البذر على رب الأرض يصير رب الأرض مستأجرًا للعامل ببعض الخارج.

وأمَّا استئجار غيرهما ببعض الخارج لا يجوز؛ لأن القياس أن لا يجوز استئجار العامل والأرض أيضًا ببعض الخارج؛ لأن الأجر معدوم ليس بمشار إليه، ولا واجب في الذمة، لكن جوزناه نصًّا بخلاف القياس، والنص ورد في استئجار العامل والأرض لا في استئجار غيرهما، فبقي استئجار غيرهما ببعض الخارج على أصل القياس، ولمَّا كان كذلك كان ما وجد من صورة عدم الجواز هو من قبيل استئجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج،

لِلْعَمَلِ بِآلَةِ الْمُسْتَأْجِرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ ثَوْبَهُ بِإِبْرَتِهِ أَوْ طَيَّانًا لِيُطَيِّنَ بِمَرِّهِ (وَإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالبَذْرُ وَالعَمَلُ لِآخَرَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ البَذْرَ وَالبَقَرَ عَلَيْهِ يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا شُرِطَ وَحْدَهُ وَصَارَ كَجَانِبِ العَامِلِ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ مَنْفَعَةَ البَقَرِ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ مَنْفَعَةِ الأَرْضِ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الأَرْضِ قُوَّةٌ فِي طَبْعِهَا يَحْصُلُ بِهَا النَّمَاءُ، وَمَنْفَعَةُ البَقَرِ صَلَاحِيَةٌ يُقَامُ بِهَا العَمَلُ كُلُّ ذَلِكَ بِخَلْقِ اللهِ تَعَالَى

أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعًا للآخر، ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الأرض وغير العامل ببعض الخارج، وما وجد من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج، أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين، ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج، وفيه وردَ الأثر، وهذ هو الأصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة، إلى هذا أشار في الفصل الثاني من مزارعة «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» لفخر الإسلام.

قوله: كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ بِإِبْرَةِ الخَيَّاطِ، كان الأجر كله بإزاء الخياطة دون الإبرة، فكذا في هذا يكون الخارج بإزاء العمل دون البقر، فلم يصر مستأجرًا البقر ببعض الخارج فصح.

قوله: لِيَخِيطَ ثَوْبَهُ بِإِبْرَتِهِ، أي: بإبرة صاحب الثوب وهو المستأجر.

قوله: بِمَرِّهِ، أي: بمر صاحب الطين وهو المستأجر.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ البَذْرَ وَالبَقَرَ عَلَيْهِ - أي: على رب الأرض - يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا شُرِطَ وَحْدَهُ، أي: إذا شرط البقر وحده.

وقوله: كُلُّ ذَلِكَ بِخَلْقِ اللهِ تَعَالَى، هذا الكلام في هذا المقام مستغنى عنه غير مفتقر إليه، لكن فيه تنبيه على أنه من أهل السنة والجماعة حيث جعل منفعة البقر التي يقام بها العمل

فَلَمْ يَتَجَانَسَا فَتَعَذَّرَ أَنْ تُجْعَلَ تَابِعَةً لَهَا، بِخِلَافِ جَانِبِ العَامِلِ؛ لِأَنَّهُ تَجَانَسَتِ المَنْفَعَتَانِ فَجُعِلَتْ تَابِعَةً لِمَنْفَعَةِ العَامِلِ. وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ لَمْ يَذْكُرْهُمَا: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ البَذْرُ لِأَحَدِهِمَا وَالأَرْضُ وَالبَقَرُ وَالعَمَلُ لِآخَرَ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَتِمُّ شَرِكَةً بَيْنَ البَذْرِ وَالعَمَلِ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ. وَالثَّانِي أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ البَذْرِ وَالبَقَرِ، وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ عِنْدَ الِانْفِرَادِ فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ،

مخلوقة لله تعالى خلافًا للمعتزلة.

وقوله: فَلَمْ يَتَجَانَسَا، نتيجة لما قبله وهو قوله: لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الأَرْضِ قُوَّةٌ فِي طَبْعِهَا ... وَمَنْفَعَةُ البَقَرِ صَلَاحِيَةٌ يُقَامُ بِهَا العَمَلُ، كانتا مختلفتين فلذلك لم يتجانسا.

قوله: فَتَعَذَّرَ أَنْ تُجْعَلَ تَابِعَةً لَهَا، أي: تعذر جعل منفعة البقر تبعًا لمنفعة الأرض، فلمَّا لم يجعل منفعة البقر تبعًا لمنفعة الأرض كان استحقاق منفعة البقر مقصودًا في المزارعة وهو لا يجوز، كما لو كان من أحدهما البقر لا غير والباقي من الآخر، وذلك لا يجوز بالاتفاق، فكذا هنا.

قوله: وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ، كلاهما فاسدان.

قوله: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ البَذْرُ لِأَحَدِهِمَا، والباقي من الآخر، وإنما لا يجوز هذا؛ لأن صاحب البذر مستأجر للأرض، ولا بدَّ من التخلية بين المستأجر وبين ما استأجر في عقد الإجارة، وتنعدم التخلية هاهنا؛ لأن الأرض تكون في يد العامل فلهذا فسد العقد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالثَّانِي أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ البَذْرِ وَالبَقَرِ، بأن يكون البذر والبقر من أحدهما.

قوله: لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ عِنْدَ الِانْفِرَادِ، أي: انفراد البقر والبذر بأن كان من أحدهما البقر لا غير، أو البذر لا غير.

وَالخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ فِي رِوَايَةٍ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ المُزَارَعَاتِ الفَاسِدَةِ، وَفِي رِوَايَةٍ لِصَاحِبِ الأَرْضِ وَيَصِيرُ مُسْتَقْرِضًا لِلْبَذْرِ قَابِضًا لَهُ لِاتِّصَالِهِ بِأَرْضِهِ.

قوله: وَالخَارِجُ فِي الوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ البَذْرِ، والوجهان ما ذكرهما، فأحدهما أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر، والثاني أن يكون البذر والبقر لأحدهما والباقي للآخر.

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر هذا فقال: بقي الإشكال، وهو أنه أوجب لصاحب الأرض أجر مثل أرضه، ولم يسلم صاحب الأرض الأرض إلى صاحب البذر، فكيف يستوجب عليه أجر مثله.

ولكنا نقول: صارت منفعته - أي: منفعة العامل ومنفعة الأرض - كلها مسلمة إلى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكمًا، وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئًا؛ لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه، فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين، هذا الذي ذكره من الفساد فيما إذا دفع بذرًا إلى صاحب الأرض على أن يزرعه في أرضه على أن الخارج بينهما نصفان، وأمَّا إذا قالا: على أن الخارج لصاحب الأرض فهذا جائز، وصاحب الأرض معين له في العمل معير لأرضه؛ لأنه ما اشترط بإزاء منافعه ومنافع أرضه عوضًا فيكون متبرعًا بذلك كله.

فإن قلتَ: التعامل فيما بين الناس بكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر في عقد المزارعة ظاهر، ولو فسد هذا يقع الناس في الحرج في الحيلة فما الحيلة في تجويزه؟ وكذلك لو كان البقر من أحدهما والباقي من الآخر تعامل ظاهر.

قلتُ: الحيلة هي ما ذكره في «الذخيرة» محالًا إلى «النوازل» فقال: رجل له أرض أراد أن يأخذ بذرًا من رجل ويزرعها ويكون الزرع بينهما، فإن الحيلة في ذلك أن يشتري نصف البذر منه ويبرئه البائع من الثمن، ثم يقول له: ازرعها بالبذر كله على أن الخارج بيننا نصفان؛ لأن البذر إذا كان مشتركًا بينهما فالخارج يخرج من محل مشترك بينهما، فيكون بينهما بدون الشرط فمع الشرط أَوْلَى.

وأمَّا الحيلة فيما إذا كان البقر من أحدهما فرواية أبي يوسف رحمه الله فيه بالجواز.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ إلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ) لِمَا بَيَّنَّا (وَأَنْ يَكُونَ الخَارِجُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الشَّرِكَةِ (فَإِنْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مُسَمَّاةً فَهِيَ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّ بِهِ تَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ؛ لِأَنَّ الأَرْضَ عَسَاهَا لَا تُخْرِجُ إلَّا هَذَا القَدْرَ، فَصَارَ كَاشْتِرَاطِ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ لِأَحَدِهِمَا فِي المُضَارَبَةِ، وَكَذَا إذَا شَرَطَا أَنْ يَرْفَعَ صَاحِبُ البَذْرِ بَذْرَهُ وَيَكُونَ البَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِي بَعْضٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي جَمِيعِهِ بِأَنْ لَمْ يُخْرِجْ إلَّا قَدْرَ البَذْرِ فَصَارَ كَمَا إذَا شَرَطَا رَفْعَ الخَرَاجِ، وَالأَرْضُ خَرَاجِيَّةٌ وَأَنْ يَكُونَ البَاقِي بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا شَرَطَ صَاحِبُ

قوله: وَلَا تَصِحُّ المُزَارَعَةُ إلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله في بيان شرط المزارعة: وَالثَّالِثُ بَيَانُ المُدَّةِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ الأَرْضِ، إلى آخره.

قوله: فَصَارَ كَمَا إذَا شَرَطَا رَفْعَ الخَرَاجِ، وَالأَرْضُ خَرَاجِيَّةٌ، أي: لا يجوز هذا فكذا هاهُنا.

اعلم أن هذا الذي ذكره من مسألة الخراج فيما إذا كان الخراجُ خراجَ وظيفةٍ، بأن يكون دراهم مسمَّاة بحسب الخارج، أو قفزاناً مسماة وهو لا يجوز؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا ذلك المقدار، فكان هذا الشرط قاطعًا للشركة، وأمَّا إذا كان الخراجُ خراجَ مقاسمةٍ وهو جزء من الخارج مشاعًا نحو الثلث أو الربع لا تفسد المزارعة بِهذا الشرط، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا شَرَطَ صَاحِبُ البَذْرِ عُشْرَ الخَارِجِ لِنَفْسِهِ، وهذا هو الحيلة في أن يجوز دفع صاحب البذر بذره، وطريق ذلك هو أن ينظر أن مثل هذا الأرض لم تخرج من مثل هذا القدر من البذر، فإن كانت تخرج عشرة أكرار والبذر كر يشترط لنفسه عشر الخارج والباقي بينهما، وإن كانت تخرج أربعة أكرار والبذر كر يشترط لنفسه ربع الخارج والباقي بينهما، فتجوز المزارعة ويحصل لرب البذر مقصوده، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ، أي: معلوم.

البَذْرِ عُشْرَ الخَارِجِ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلآخَرِ وَالبَاقِي بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ مُشَاعٌ فَلا يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ، كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفْعَ العُشْرِ، وَقِسْمَةُ البَاقِي بَيْنَهُمَا وَالأَرْضُ عُشْرِيَّةٌ.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا مَا عَلَى المَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَاقِي) مَعْنَاهُ لِأَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا زَرْعَ مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ أَفْضَى ذَلِكَ إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ لا يَخْرُجُ إِلَّا مِنْ ذَلِكَ المَوْضِعِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا مَا يَخْرُجُ مِنْ نَاحِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَلِآخَرَ مَا يَخْرُجُ مِنْ نَاحِيَةٍ أُخْرَى (وَكَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا التِّبْنَ وَلِلآخَرِ الحَبَّ)؛ لِأَنَّهُ عَسَى أَنْ يُصِيبَهُ آفَةٌ فَلَا يَنْعَقِدُ الحَبُّ وَلا يَخْرُجُ إِلَّا التِّبْنُ (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا التِّبْنَ نِصْفَيْنِ وَالحَبُّ لِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ)؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ الحَبُّ (وَلَوْ شَرَطَ الحَبَّ نِصْفَيْنِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِلتِّبْنِ صَحَّتْ) لِاشْتِرَاطِهِمَا الشَّرِكَةَ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ، (ثُمَّ التِّبْنُ يَكُونُ لِصَاحِبِ البَذْرِ)؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ بَذْرِهِ وَفِي حَقِّهِ لا يَحْتَاجُ إِلَى الشَّرْطِ. وَالمُفْسِدُ هُوَ الشَّرْطُ، وَهَذَا سُكُوتٌ عَنْهُ.

وَقَالَ مَشَايِخُ بَلْخٍ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: التِّبْنُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا،

المَاذِيَانَاتِ: جمع الماذيان، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل، ثم يسقى منه الأرض.

وَالسَّوَاقِي: جمع الساقية، وهي فوق الجدول ودون النهر، كذا في «المغرب».

ويحتمل أن يكون بينهما فرق لذلك أوردهما بعطف أحدهما على الآخر.

قوله: وَكَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا التِّبْنَ وَلِلآخَرِ الحَبَّ، أي: لا تصح المزارعة، ولمَّا لم تصح المزارعة كان التبن والحب كله لصاحب البذر منهما، كما هو الحكم في المزارعة الفاسدة، كذا في «المبسوط».

اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ الْمُتَعَاقِدَانِ، وَلِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلْحَبِّ وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الأَصْلِ. (وَلَوْ شَرَطَا الحَبَّ نِصْفَيْنِ وَالتِّبْنَ لِصَاحِبِ البَذْرِ صَحَّتْ)؛ لِأَنَّهُ حُكْمُ العَقْدِ (وَإِنْ شَرَطَا التِّبْنَ لِلْآخَرِ فَسَدَتْ)؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ بِأَنْ لا يَخْرُجَ إِلَّا التِّبْنُ وَاسْتِحْقَاقُ غَيْرِ صَاحِبِ البَذْرِ بِالشَّرْطِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ فَالخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ) لِصِحَّةِ الِالتِزَامِ (وَإِنْ لَمْ تُخْرِجِ الأَرْضُ شَيْئًا فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ)؛

قوله: اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ الْمُتَعَاقِدَانِ، فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الأَصْلِ، يعني: لمَّا كان الأصل وهو الحبُّ مشتركًا بينهما باشتراطهما فيه نصًّا كان التبع وهو التبن مشتركًا بينهما أيضًا تبعًا للأصل وإن لم يذكرا فيه الشركة، فكان معنى قوله: وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الأَصْلِ، أي: يتصف البيع بصفة الأصل كالإمام - أي: السلطان - إذا دخل المصر ونوى الإقامة يصير الجنديُّ مقيمًا وإن لم يكن في موضع الإقامة، وكذا المولى مع العبد.

قوله: وَلَوْ شَرَطَا الحَبَّ نِصْفَيْنِ وَالتِّبْنَ لِصَاحِبِ البَذْرِ صَحَّتْ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُ العَقْدِ، يعني: أنَّهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر؛ لأنه موجب العقد فإذا نصًّا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد.

قوله: وَإِنْ شَرَطَا التِّبْنَ لِلْآخَرِ، وفي نسخة: وإن شرط التبن للآخر، أي: لغير صاحب البذر.

قوله: وَاسْتِحْقَاقُ غَيْرِ صَاحِبِ البَذْرِ بِالشَّرْطِ، يعني: لو صححنا هذا العقد أدي إلى أن يستحق أحدهما شيئًا من الخارج بالشرط دون صاحبه فيما إذا حصل التبن دون الحب، بخلاف الأول فإن استحقاق رب البذر ليس بالشرط بل لأنه نماء بذره، كذا في «المبسوط».

لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ شَرِكَةً، وَلا شَرِكَةَ فِي غَيْرِ الخَارِجِ، وَإِنْ كَانَتْ إِجَارَةً فَالأَجْرُ مُسَمًّى فَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَدَتْ لِأَنَّ أَجْرَ المِثْلِ فِي الذِّمَّةِ وَلا تَفُوتُ الذِّمَّةُ بِعَدَمِ الخَارِجِ.

قَالَ: (وَإِذَا فَسَدَتْ فَالخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، وَاسْتِحْقَاقُ الأَجْرِ بِالتَّسْمِيَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ النَّمَاءُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ البَذْرِ.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ لا يُزَادُ عَلَى مِقْدَارِ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الخَارِجِ)؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

قوله: لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ شَرِكَةً، أي: لأن العامل يستحق ما شرطاه بطريق الشركة انتهاءً، والحكم فيما يشركه هكذا، وهو أنه إذا لم يوجد الربح لا شيء له، فكذلك هاهنا.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ إِجَارَةً - أي: ابتداءً - فَالأَجْرُ مُسَمًّى فَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، أي: المسمى لم يوجد هاهنا فلا يستحق غير المسمى.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا استأجر رجلًا بأجرة وهي عين فعمل الأجير وهلكت الأجرة قبل التسليم، يجب على المستأجر أجر المثل فينبغي أن يكون هاهنا كذلك؛ لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم، وإنما قلنا إن الأجر المسمى هاهنا بمنزلة الأجرة التي هي عين؛ لأنه لو أراد أن يعطيه من الخارج من أرض أخرى لا يجوز وإن كان ذلك بمثل نصيبه فيما زرع.

قلتُ: إنما يلحق الأجر المسمى هاهنا بالأجرة التي هي عين في حق وجوب الأجر أن لو كان هذا في الهلاك كهو، وليس كذلك؛ لأن الأجر العين هناك هلك قبل التسليم وهاهنا هلك بعد التسليم؛ لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج، وقبض الأصل قبض لفرعه فيصير كالقابض للأجر من هذا الوجه، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر، فكذا هنا، كذا في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

رَحِمَهُمَا اللهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَتَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا إِذْ لا مِثْلَ لَهَا) وَقَدْ مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ (وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ فَلِصَاحِبِ الأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الأَرْضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَجِبُ رَدُّهَا وَقَدْ تَعَذَّرَ. وَلا مِثْلَ لَهَا فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا. وَهَلْ يُزَادُ عَلَى مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الخَارِجِ؟ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الأَرْضِ وَالبَقَرِ حَتَّى فَسَدَتِ المُزَارَعَةُ،

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ، إلى أن قال: وَقَدْ مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ، في هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير؛ لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارات في مسألة ما إذا استأجر حمارًا ليحمل طعامًا بقفيز منه فالإجارة فاسدة، ثم قال: ولا يجاوز الأجر قفيز؛ لأنه لمَّا فسدت الإجارة فالواجب الأقل ممَّا سمي ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغًا ما بلغ عند محمد رحمه الله؛ لأن المسمى هناك غير معلوم فلا يصح الحط، فمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يُعلم أن عند محمد رحمه الله لا يدفع أجر المثل بالغـًا ما بلغ في الإجارة الفاسدة كما هو قولهما، إلا في الشركة في الاحتطاب، ثم ذكر هاهنا: قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ، إلى أن قال: وَقَدْ مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ، وذلك يدل على أنه مذهبه في جميع الإجارات الفاسدة يبلغ الأجر بالغًا ما بلغ، وليس كذلك.

قوله: وَلا مِثْلَ لَهَا - أي: لمنافع الأرض - فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا؛ لأنه استوفاها بالعقد الفاسد فكانت له قيمة كما في العقد الصحيح.

قوله: فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، في أنه لا يزاد على ما شرط له من الخارج عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ويزاد بالغًا ما بلغ عند محمد رحمه الله.

قوله: وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الأَرْضِ وَالبَقَرِ، يعني: لو كان الأرض والبقر من واحدٍ والبذر

فَعَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالبَقَرِ) هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ لَهُ مَدْخَلًا فِي الإِجَارَةِ وَهِيَ إِجَارَةٌ مَعْنًى (وَإِذَا اسْتَحَقَّ رَبُّ الأَرْضِ الخَارِجَ لِبَذْرِهِ فِي المُزَارَعَةِ الفَاسِدَةِ طَابَ لَهُ جَمِيعُهُ)؛ لِأَنَّ النَّمَاءَ حَصَلَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ (وَإِنِ اسْتَحَقَّهُ العَامِلُ أَخَذَ قَدْرَ بَذْرِهِ وَقَدْرَ أَجْرِ الأَرْضِ وَتَصَدَّقَ بِالفَضْلِ)؛ لِأَنَّ النَّمَاءَ يَحْصُلُ مِنَ البَذْرِ وَيَخْرُجُ مِنَ الأَرْضِ، وَفَسَادُ المِلْكِ فِي مَنَافِعِ الأَرْضِ أَوْجَبَ خُبْثًا فِيهِ. فَمَا سُلِّمَ لَهُ

والعمل من آخر فسدت المزارعة، وهو الوجه الرابع الذي مرَّ ذكره عند ذكر أوجه المزارعة.

قوله: فَعَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالبَقَرِ، هُوَ الصَّحِيحُ، وهو احتراز عن قول بعض أصحابنا فإنَّهم قالوا: معنى قول محمد رحمه الله: فَعَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالبَقَرِ، أي: يغرم له أجر مثل الأرض مكروبة، فأمَّا البقر لا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال، فلا ينعقد العقد عليه صحيحًا ولا فاسدًا، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد فالمنافع لا تتقوم إلا بالعقد، ولكن الأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة، ومنافع البقر ما يجوز استحقاقها بعقد الإجارة فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، ويجب أجر مثلها كما يجب أجر مثل الأرض، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا اسْتَحَقَّ رَبُّ الأَرْضِ الخَارِجَ لِبَذْرِهِ، أي: لأجل أن البذر من جانبه في المزارعة الفاسدة بأن سميا قفزانًا مسماةً مثلًا، أو نحو ذلك ممَّا تفسد به المزارعة.

قوله: طَابَ لَهُ جَمِيعُهُ، أي: جميع الخارج، ولا يتصدق بشيء من ذلك؛ لأنه نماء ملكه حصل من أرضه، بخلاف ما إذا كان البذر من قبل العامل فإن فيه على العامل أجر مثل الأرض لرب الأرض، ويدفع عن الخارج قدر بذره، وما أنفق وما غرم من أجر مثل الأرض لصاحب الأرض ويتصدق بالفضل؛ لأنه فضل زرع خرج له من أرض غيره بإجارة فاسدة، وإن هلك الخارج في هذه الصورة أو لم تنبت الأرض شيئًا فللعامل أجر مثل عمله، كذا في «الذخيرة».

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في الفرق بين الفصلين فقال: أوجب التصدق

بِعِوَضٍ طَابَ لَهُ وَمَا لَا عِوَضَ لَهُ تَصَدَّقَ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا عُقِدَتِ المُزَارَعَةُ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِنَ العَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ

بالزيادة متى تمكن الحنث في منفعة الأرض، ولم يوجب متى تمكن في عمل العامل؛ لأن العمل وهو التبذير والسقي لم يتصل بالزرع حقيقة؛ لأن التبذير كما وجد انقضى، والسقي إنما يكون بفتح الجدول وذلك مضى وانقضى، فلم يتصل حقيقة وإن اتصل به حكماً من حيث أنه لا بدَّ من العمل بحصول الزرع كما لا بدَّ من منفعة الأرض، واتصال الخبث في العقد الفاسد من وجه دون وجه لا يوجب التصدق، كما لو تصدق في الدراهم الحاصلة بالعقد الفاسد، والخبثُ المتمكن بسبب الفساد في منفعة الأرض اتصل بالخارج حقيقةً وحكماً؛ لأن منفعة الأرض متصلة بالخارج من أول ما نبتَ إلى وقت الإدراك، فأوجب الصدقة كما لو تصرف في العين المشترى بشراءٍ فاسد.

قوله: وَإِذَا عُقِدَتِ المُزَارَعَةُ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِنَ العَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ، إلى آخره، اعلم أن هذه المسألة في بيان صفة المزارعة.

وفي «الذخيرة»: وأمَّا بيان صفتها فنقول: المزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر، وغير لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض حتى يملك الفسخ من غير عذرٍ، وبعد ما ألقى البذرَ في الأرض يصير لازمةً من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخَ بعد ذلك إلا بعذر؛ لأن من كان البذر من قبله فهو مستأجر إمَّا للعامل أو منفعة الأرض؛ لأنه باذل عين ماله فيكون مستأجرًا، والمستأجر يجبر على قبض المستأجر حتى يتأكد عليه البدل، فأمَّا لا يجبر على الاستيفاء؛ لأن الاستيفاء خالص حقه لم يتعلق به حق آخر، فيكون بالخيار إن شاء استوفى وإن شاء لم يستوف، ولهذا قلنا: إن من استأجر دارًا بدراهم ليسكنها كان مجبورًا على قبض الدار حتى يتأكد حق الأجر في البدل، وإمَّا لا يكون مجبورًا على استيفاء السكنى، بل بالخيار إن شاء سكن وإن شاء لم يسكن.

وكذلك إذا استأجر أرضًا ليزرعها بدراهم قيل: إن المستأجر لا يكون مجبورًا على استيفاء ما ملكه بالإجارة، بل يُخير في ذلك إذا وقعت الإجارة بالدراهم والدنانير، فكذا إذا

لا يُمْكِنُهُ المُضِيُّ فِي العَقْدِ إِلَّا بِضَرَرٍ يَلْزَمُهُ. فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَهْدِمَ دَارَهُ (وَإِنِ امْتَنَعَ الَّذِي لَيْسَ مِنْ قِبَلِهِ البَذْرُ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى العَمَلِ)؛ لِأَنَّهُ لا يَلْحَقُهُ بِالوَفَاءِ بِالعَقْدِ ضَرَرٌ وَالعَقْدُ لازِمٌ بِمَنْزِلَةِ الإِجَارَةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ عُذْرٌ يَفْسَخُ بِهِ الإِجَارَةَ فَيَفْسَخُ بِهِ المُزَارَعَةَ. قَالَ: (وَلَوِ امْتَنَعَ رَبُّ الأَرْضِ وَالبَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ وَقَدْ كَرَبَ

وقعت الإجارة ببعض ما يخرج منها لا يكون المستأجر مجبورًا على المزارعة، بل يكون مخيرًا وبالتخيير انتفى اللزوم؛ لأن اللزوم لو بقي إنما بقي لحق الآجر، وبقاء اللزوم في حق الآجر لا يفيد؛ لأنه متى بقي لازمًا ولم يكن لصاحب البذر نقض المزارعة، وليس هو بمجبور على المزارعة لم يجب الأجر؛ لأن الأجر بعض ما يخرج منها فمتى لم يزرع لم يوجد الأجر، فُعلم بهذا أن تبعية اللزوم لحق الآجر لا يفيد، فلذلك كانت غير لازمة في حق من كان البذر من قبله لهذا المعنى.

قوله: فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِنَ العَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ، أي: قبل إلقاء البذر، وأمَّا بعد إلقائه فيجبر؛ لأن عقد المزارعة يكون لازمًا من الجانبين بعد إلقاء البذر على ما ذكرنا.

قوله: لا يُمْكِنُهُ المُضِيُّ فِي العَقْدِ إِلَّا بِضَرَرٍ، وهو استهلاك البذر حالًا.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَهْدِمَ دَارَهُ، أي: ثم امتنع المستأجر من المضي على ما عقد عليه، فإنه لا يجبر على المضي على موجب العقد.

قوله: لِأَنَّهُ لا يَلْحَقُهُ بِالوَفَاءِ بِالعَقْدِ ضَرَرٌ، سوى ما التزمه بالعقد؛ لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر على إقامة العمل كما التزمه بالعقد، وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه، فأمَّا في الفصل الأول وهو فيما إذا امتنع صاحب البذر عن العمل ففي التزام العقد إيَّاه ضرر به فيما لم يتناوله العقد؛ لأن البذر ليس بمعقود عليه وفي إلقائه في الأرض إتلافه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوِ امْتَنَعَ رَبُّ الأَرْضِ وَالبَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ وَقَدْ كَرَبَ المُزَارِعُ الأَرْضَ، أي: يجوز له

المُزَارِعُ الأَرْضَ فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي عَمَلُ الكِرَابِ) قِيلَ هَذَا فِي الحُكْمِ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى يَلْزَمُهُ اسْتِرْضَاءُ العَامِلِ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتِ المُزَارَعَةُ) اعْتِبَارًا بِالإِجَارَةِ،

الامتناع؛ لما ذكرنا أن صاحب البذر لو امتنع عن المضي على موجب العقد قبل إلقاء البذر لم يجبر على المضي على موجب العقد؛ لأنه يتضرر بالمضي على العقد من حيث إتلاف البذر بإلقائه في الأرض، ولا نعلم أيحصل الخارج أم لا؟ ثم إنه لا شيء للمزارع في عمل الكراب على صاحب البذر؛ لما أن ما أتى به مجرد المنفعة، والمنفعة لا تتقوم إلا بالتسميةِ والعقدِ، والمسمى بمقابلة المنفعة هنا جزء من الخارج، فإذا لم يحصل الخارج بأن لم يزرع أصلًا لا يستوجب شيئًا آخر، ولأن المزارع عامل لنفسه؛ لأنه استأجر الأرض ليقيم العمل فيها لنفسه، والعامل لنفسه لا يستوجب الأجر على غيره.

قال مشايخنا: وهذا الجواب في الحكم، فأمّا فيما بينه وبين ربه يفتى بأن يعطي العامل أجر مثل عمله؛ لأنه إنما اشتغل بإقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج، فإذا أخذ الأرض بعدما أقام هذه الأعمال من كراب الأرض، وحفر الأنهار كان هو غارًّا للعامل ملحقًا الضرر به، والغرور والضرر مدفوع فيفتى بأن يطلب رضاه، كذا في باب العذر في المزارعة من مزارعة «المبسوط».

قوله: وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتِ المُزَارَعَةُ، هذا الذي ذكره جواب القياس، وأمّا في جواب الاستحسان فيبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد الذرع، هكذا ذكر في «المبسوط»، و«الذخيرة».

ولفظ ما ذكر في «الذخيرة»: إذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا مزارعة والبذر من قبل المزارع، فماتَ رب الأرض بعدما نبت الزرع قبل أن يستحصد، فالقياس أن تنقض المزارعة، ولورثة رب الأرض أن يأخذوا أراضيهم، وفي الاستحسان يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع، ثم قال: ومعنى قوله: يبقى العقد، يبقى عقد المزارعة ولا تثبت إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر على المزارع، وإنما بقينا عقد المزارعة نظرًا للمزارع؛ لأنَّها لو لم تُبق فورثة رب الأرض

وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الإِجَارَاتِ، فَلَوْ كَانَ دَفَعَهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَلَمَّا نَبَتَ الزَّرْعُ فِي السَّنَةِ الأُولَى وَلَمْ يَسْتَحْصِدِ الزَّرْعَ حَتَّى مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ تَرَكَ الأَرْضَ فِي يَدِ المُزَارِعِ حَتَّى يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعَ وَيَقْسِمَ عَلَى الشَّرْطِ، وَتَنْتَقِضُ المُزَارَعَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ السَّنَتَيْنِ؛ لِأَنَّ فِي إِبْقَاءِ العَقْدِ فِي السَّنَةِ الأُولَى مُرَاعَاةً لِلْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالعَامِلِ فَيُحَافِظُ فِيهِمَا عَلَى القِيَاسِ (وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ قَبْلَ الزِّرَاعَةِ بَعْدَ مَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ انْتَقَضَتِ المُزَارَعَةُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مَالٍ عَلَى المُزَارِعِ (وَلا شَيْءَ لِلْعَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مَا عَمِلَ) لِمَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. (وَإِذَا فُسِخَتِ المُزَارَعَةُ بِدَيْنٍ فَادِحٍ لَحِقَ صَاحِبَ الأَرْضِ فَاحْتَاجَ إِلَى بَيْعِهَا جَازَ) كَمَا فِي الإِجَارَةِ.

يقلعون الزرع فيتضرر به المزارع بإبطال حقه في الزرع، وهو غير متعدٍ في هذه المزارعة.

قوله: وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الإِجَارَاتِ، وهو قوله: لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ العَقْدُ تَصِيرُ المَنْفَعَةُ المَمْلُوكَةُ بِهِ أَوِ الأُجْرَةُ المَمْلُوكَةُ لِغَيْرِ العَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالمَوْتِ إِلَى الوَارِثِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ.

الاستحصاد: بدون ودن آمدن كشت.

قوله: لِمَا نُبَيِّنُهُ، وهو قوله: لِأَنَّ المَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ، إلى آخره.

الفادح: الثقيل، من فدحهُ الأمر: أثقله.

وقوله: لَحِقَ صَاحِبَ الأَرْضِ، صفة: دَيْنٍ فَادِحٍ، فكان صفة بعد الصفة.

قوله: فَاحْتَاجَ إِلَى بَيْعِهَا جَازَ، أي: جاز فسخ المزارعة بسبب الدين الفادح، يعني أن الدين الفادح يصلح عذرًا في فسخ المزارعة.

(وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ وَهُوَ إِنَّمَا قُوِّمَ بِالخَارِجِ فَإِذَا انْعَدَمَ الخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ (وَلَوْ نَبَتَ الزَّرْعُ وَلَمْ يُسْتَحْصَدْ لَمْ تُبَعِ الأَرْضُ فِي الدَّيْنِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ)؛ لِأَنَّ فِي البَيْعِ إِبْطَالَ حَقِّ المُزَارِعِ، وَالتَّأْخِيرُ أَهْوَنُ مِنَ الإِبْطَالِ.

وفي «المبسوط»: فإن حبس في الدين ولا وفاء عنده إلا من ثمن الأرض يكون هذا عذرًا لصاحب الأرض في فسخ المزارعة وبيع الأرض في الدين؛ لأن في المضيِّ على هذا العقد يلحقه ضررٌ في نفسه، وإذا كان الضرر الذي يلحقه في ماله يدفع صفة اللزوم، فالضرر الذي يلحقه في نفسه وهو الحبس في الدين أَوْلَى، ألا ترى أن البيع قد يمنع صحته في الابتداء لدفع الضرر، فإن من باع جذعًا في سقفه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر لا يجوز البيع.

وكذلك لو أجر ما يلحقه ضرر في تسليمه لا يلزم الإجارة، فكذا هاهنا ينعدم صفة اللزوم بقدر الدين لدفع الضرر.

ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة إلى قضاء القاضي أو إلى الرضاء؟ ذكر في «الذخيرة» فيه اختلاف الروايات فقال: لا بدَّ لصحة الفسخ من القضاء أو الرضاء على رواية «الزيادات»؛ لأنَّها في معنى الإجارة، وعلى رواية «كتاب المزارعة»، و«الإجارات»، و«الجامع الصغير» لا يحتاج فيه إلى القضاء، ولا إلى الرضاء، وبعض مشايخنا المتأخرون أخذوا برواية «الزيادات»، وبعضهم أخذوا برواية «الأصل»، و«الجامع الصغير»، ثم قال: وإن طلب من القاضي النقض قبل البيع فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك، ولكن يبيع لنفسه، ويثبت الدين عند القاضي حتى يمضي القاضي البيع وينتقض العقد حكمًا.

قوله: وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ، إلى آخره، وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل، أمَّا إذا كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله؛ وذلك لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجرًا للأرض، فيكون العقد واردًا على منفعة الأرض لا على العامل،

(وَيُخْرِجُهُ القَاضِي مِنَ الحَبْسِ إِنْ كَانَ حَبَسَهُ بِالدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا امْتَنَعَ بَيْعَ الأَرْضِ لَمْ يَكُنْ هُوَ ظَالِمًا وَالحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ).

قَالَ: (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُزَارَعَةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ كَانَ عَلَى المُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ

فيبقى عمل العامل من غير عقدٍ، ولا شبهة عقدٍ، فلا يتقوم على رب الأرض.

وأمَّا إذا كان البذر من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجرًا للعامل، وكان العقد واردًا على منافع الأجير يتقوم منافعه، وعمله على رب الأرض، ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله، كذا في «الذخيرة» محالًا إلى «مزارعة شيخ الإسلام» رحمه الله.

ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث، ذكر في الكتاب الصورتين منها، وهما ما إذا فسخ بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار، وما إذا فسخ بعد نبات الزرع قبل أن يستحصد، ولم يذكر ما إذا فسخ بعدما زرع العامل الأرض إلا أنه لم ينبت بعد، حتى لحق رب الأرض دينٌ فادحٌ، هل له أن يبيع الأرض؟ ذكر في «الذخيرة» أن فيه اختلاف المشايخ.

وكان الشيخ أبو بكر العتابيُّ رحمه الله يقول: له ذلك؛ لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك، ولهذا قالوا: إن لصاحب الذر فسخ المزارعة؛ لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال، وحصوله في الثاني غير معلوم، فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير.

وكان الشيخ أبو إسحاق الحافظ رحمه الله يقول: ليس له ذلك؛ لأن التبذير استنماءٌ، وليس باستهلاك، ألا ترى أن الأبَ والوصيَّ يملكان زراعة أرض الصبي، وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي، وإذا كان كذلك كان للمزراع في الأرض عين مال قائم.

قوله: وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُزَارَعَةِ، قيد بالانقضاء احترازًا عن مسألة الموت في المدة على ما يأتِي، فإن الحكم فيها بخلاف ما نحن فيه.

قوله: كَانَ عَلَى المُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ مِنَ الأَرْضِ، حتى لو كانت المزارعة بينهما بالنصف كان على العامل أجر مثل نصف الأرض، وكان العمل عليهما حتى يستحصد الزرع،

نَصِيبِهِ مِنَ الأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا عَلَى مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا) مَعْنَاهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ؛ لِأَنَّ فِي تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بِأَجْرِ المِثْلِ تَعْدِيلَ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا كَانَ العَمَلُ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ العَقْدَ قَدِ انْتَهَى بِانْتِهَاءِ المُدَّةِ وَهَذَا عَمَلٌ فِي المَالِ المُشْتَرَكِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يَكُونُ العَمَلُ فِيهِ عَلَى العَامِلِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ أَبْقَيْنَا العَقْدَ فِي مُدَّتِهِ وَالعَقْدُ يَسْتَدْعِي

وكذلك تكون النفقة هو مؤنة الحفظ والسقي وكري الأنهار عليها أيضاً.

وقوله: مَعْنَاهُ، أي: معنى قوله: وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا.

قوله: لِأَنَّ فِي تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بِأَجْرِ المِثْلِ تَعْدِيلَ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ، يعني: لم يقل للعامل بقلع الزرع نظرًا له، حتى أنه لو اختار قلع الزرع كان له ذلك؛ لأن ترك النظر لنفسه على ما يجيء.

قوله: لِأَنَّ العَقْدَ قَدِ انْتَهَى بِانْتِهَاءِ المُدَّةِ، فيكون العمل عليهما، فإن العمل قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة، فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة في الزرع وهما شريكان في الزرع، فالعمل والمؤنة عليهما كنفقة العبد المشترك بينهما إذا كان عاجزًا عن الكسب، وعلى العامل أجر مثل نصف الأرض؛ لأن المزارعة لمَّا انتهت لم يبق للعامل حق في منفعة الأرض، وهو يستوفي منفعة الأرض بالتربية نصفه من الزرع فيها إلى وقت الإدراك، فلا نسلم له ذلك مجاناً.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ، قيَّد بالموت؛ لأنه أراد أن يورد مسألة على خلاف المسألة الأولى في وقت الانفساخ بأن ينفسخ عقد المزارعة قبل وقته وهو في الموت؛ لأن انفساخ العقد قبل مدة المزارعة لا يكون إلا في صورة الموت.

ثم مسألة الموت مخالفة لمسألة انقضاء المدة في الأحكام الثلاثة وهي: وجوب أجر الأرض، والاشتراك في النفقة، والاشتراك في العمل، حيث لم يجب أجر مثل نصيبه من الأرض

العَمَلَ عَلَى العَامِلِ، أَمَّا هَاهُنَا العَقْدُ قَدِ انْتَهَى فَلَمْ يَكُنْ هَذَا إِبْقَاءَ ذَلِكَ العَقْدِ فَلَمْ يَخْتَصَّ العَامِلُ بِوُجُوبِ العَمَلِ عَلَيْهِ (فَإِنْ أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَأَمْرِ القَاضِي فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ)؛ لِأَنَّهُ لا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ (وَلَوْ أَرَادَ رَبُّ الأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقْلًا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالمُزَارِعِ.

(وَلَوْ أَرَادَ المُزَارِعُ) أَنْ يَأْخُذَهُ بَقْلًا قِيلَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ اقْلَعِ الزَّرْعَ فَيَكُونُ بَيْنَكُمَا أَوْ أَعْطِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ أَوْ أَنْفِقْ أَنْتَ عَلَى الزَّرْعِ وَارْجِعْ بِمَا تُنْفِقُهُ فِي حِصَّتِهِ؛ لِأَنَّ

على العامل؛ لأن العقد في صورة الموت بقي بينهما ببقاء المدة، ومنفعة الأرض كانت مستحقةً له في المدة، فإذا لم يعمل سبب النقض بقي العقد كما كان فلا يلزمه أجر آخر، كذا في «المبسوط».

وقد ذكرنا عدم وجوب الأجر في صورة الموت من رواية «الذخيرة» أيضًا، وكذلك النفقة والعمل على العامل خاصة في صورة الموت، لا على وجه الاشتراك لما ذكر في الكتاب.

قوله: فَإِنْ أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا، أي: فيما إذا انقضت مدة الزارعة فهو متطوع في النفقة؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلي عليه.

فإن قيل: هو مضطر في هذا الإنفاق، لا أنه مجيء حقَّ نفسه فلا يوصف بالتبرع؟ قلنا: هو غير مضطر في ذلك؛ لأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي، ولأنه غير مجبر على الإنفاق فكان متطوعًا، كالدار المشتركة بينهما إذا استهدمت فأنفق أحدهما في مرمتها بغير أمر صاحبه كان متطوعًا في ذلك، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَلَوْ أَرَادَ رَبُّ الأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقْلًا، أي: بعد انقضاء المدة لم يكن له ذلك؛ لما فيه من الإضرار بالمزارع.

فإن قلتَ: كما أن في هذا إضرارًا بالمزارع، وفي قلع المزارع الزرع بقلًا إضرار برب الأرض أيضًا حيث يفوت به نصيبه من الخارج، ومع ذلك جاز له قلعه حيث ذكر في «المبسوط»:

الْمُزَارِعَ لَمَّا امْتَنَعَ مِنَ الْعَمَلِ لا يُجْبَرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ إِبْقَاءَ الْعَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ الْمَنْهِيِّ نَظَرٌ لَهُ وَقَدْ تَرَكَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ. وَرَبُّ الْأَرْضِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ هَذِهِ الْخِيَارَاتِ؛ لِأَنَّ بِكُلِّ ذَلِكَ يُسْتَدْفَعُ الضَّرَرُ (وَلَوْ مَاتَ الْمُزَارِعُ بَعْدَ نَبَاتِ الزَّرْعِ فَقَالَتْ وَرَثَتُهُ نَحْنُ نَعْمَلُ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ وَأَبَى رَبُّ الْأَرْضِ فَلَهُمْ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لا ضَرَرَ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ (وَلا أَجْرَ لَهُمْ بِمَا عَمِلُوا)؛ لِأَنَّا أَبْقَيْنَا الْعَقْدَ نَظَرًا لَهُمْ، فَإِنْ أَرَادُوا قَلْعَ الزَّرْعِ لَمْ يُجْبَرُوا عَلَى الْعَمَلِ لِمَا بَيَّنَّا، وَالْمَالِكُ عَلَى الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ أُجْرَةُ الْحَصَادِ وَالرِّفَاعِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذْرِيَةِ عَلَيْهِمَا بِالْحِصَصِ.

وإن أراد العامل أن يأخذه بقلًا فله ذلك.

قلتُ: إنما اختلف حكم قلعهما لاختلاف المعنى، وهو أن المزارع لو لم يقلع الزرع يسلم لرب الأرض أجر مثل نصف الأرض، ثم هو - أي: رب الأرض- مع ذلك كان في المطالبة بالقلع متعنتاً قاصدًا إلى الإضرار بالمزارع فيرد عليه قصده، وأمَّا المزارع فهو أن الزرع إنما كان يترك لدفع الضرر عنه وقد رضي بالتزام الضرر.

ولأنه نظر لنفسه في هذا من وجه فإنه يمتنع من التزام أجر مثل نصف الأرض مخافة أن لا يفي نصيبه منه بذلك الأجر فله ذلك، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لَمْ يُجْبَرُوا عَلَى الْعَمَلِ لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله: لِأَنَّ إِبْقَاءَ الْعَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ الْمَنْهِيِّ نَظَرٌ لَهُ**، إلى آخره.

قوله: وَالْمَالِكُ عَلَى الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ - لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها؛ إذ العملُ على العامل مستحق لبقاء العقد - لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله: لِأَنَّ الْمُزَارِعَ لَمَّا امْتَنَعَ**، إلى آخره.

الْحَصَاد: بفتح الحاء وكسرها لغتان، وقرئ بهما في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ

فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي الْمُزَارَعَةِ عَلَى الْعَامِلِ فَسَدَتْ) وَهَذَا الْحُكْمُ لَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِمَا ذَكَرَ مِنَ الصُّورَةِ وَهُوَ انْقِضَاءُ الْمُدَّةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْمُزَارَعَاتِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَقْدَ يَتَنَاهَى بِتَنَاهِي الزَّرْعِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ فَيَبْقَى مَالٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَلَا عَقْدَ فَيَجِبُ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمَا. وَإِذَا شَرَطَ فِي الْعَقْدِ ذَلِكَ وَلَا يَقْتَضِيهِ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ كَشَرْطِ الْحَمْلِ أَوِ الطَّحْنِ عَلَى الْعَامِلِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا شَرَطَ ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ لِلتَّعَامُلِ اعْتِبَارًا بِالِاسْتِصْنَاعِ

حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١].

وأمَّا الرِّفَاعِ: فقد ذكر في «المغرب»: هو أن يرفع الزرع إلى البَيْدر، والكسر لغة.

الدِّياسة في الطعام: أن يوطأ بقوائم الدوابِّ، أو يكرر عليه المدوس - يعني الجرجر - حتى يصير تبنًا.

وَالدِّيَاس: صقل السيف، واستعمال الفقهاء إيَّاه في موضع الدياسة جائز، قال الأزهري: دياسُ الكدسِ ودِوَاسُه واحد.

قوله: فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي الْمُزَارَعَةِ عَلَى الْعَامِلِ فَسَدَتْ، وكذلك لو شرطاه على رب الأرض، والأصل في هذا النوع أنه إذا شرط في المزارعة على المزارع أو على رب الأرض ما ليس من أعمال المزارعة تفسد به المزارعة؛ لأنه شرط فيها ما لا يقتضيه المزارعة، وفيه منفعة لأحدهما، ومثل هذا الشرط يوجب فساد المزارعة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة والإجارة تفسد بمثل هذا الشرط، فكذا المزارعة، وإذا شرط فيها ما كان من أعمال المزارعة لا تفسد المزارعة؛ لأنه شرط تقتضيه المزارعة، وشرط ما يقتضيه العقد في العقد يوجب تأكيد العقد لا فسادَه.

والفاصل بين عمل المزارعة وغير عمل المزارعة أن كل عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من عمل المزارعة، وكل عمل لا ينبت ولا ينمي في الخارج فهو ليس من أعمال المزارعة، وإذا شرط على المزارع أو على رب الأرض الحصاد والدياس والبذرية ورفعُه

وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخٍ.

قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: هَذَا هُوَ الأَصَحُّ فِي دِيَارِنَا. فَالحَاصِلُ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ عَمَلٍ قَبْلَ الإِدْرَاكِ كَالسَّقْيِ وَالحِفْظِ فَهُوَ عَلَى العَامِلِ، وَمَا كَانَ مِنْهُ بَعْدَ الإِدْرَاكِ قَبْلَ القِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كَالحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَأَشْبَاهِهِمَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَمَا كَانَ بَعْدَ القِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا. وَالمُعَامَلَةُ عَلَى قِيَاسِ هَذَا مَا كَانَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الثَّمَرِ مِنَ السَّقْيِ وَالتَّلْقِيحِ وَالحِفْظِ فَهُوَ عَلَى العَامِلِ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الإِدْرَاكِ كَالجَدَادِ وَالحِفْظِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا؛ وَلَوْ شَرَطَ الجَدَادَ عَلَى العَامِلِ لا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لا عُرْفَ فِيهِ. وَمَا كَانَ بَعْدَ القِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا؛

إلى البيدر فسدت المزارعة، هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروى صاحبُ «الأمالي» عن أبي يوسف رحمه الله: أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والبذرية على المزارع جائزة.

وقال الفقيه أبوبكر البلخي رحمه الله: كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط، ويزيدون على هذا ويقولون: يجوز بشرط التنقية والحمل إلى منزل رب الأرض؛ لأن المزارعة بهذه الشرائط متعامل فيما بين الناس، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَمَا كَانَ بَعْدَ الإِدْرَاكِ كَالجَدَادِ، وهو بالدال المهملة القطع من: جد النخل، صرمه أي: قطع ثمره جدادًا.

قوله: وَمَا كَانَ بَعْدَ القِسْمَةِ، من العمل كالحمل إلى البيت، والطحن يكون على كل واحدٍ منهما في نصيبه خاصةً؛ لأن القسمة تميز ملك أحدهما عن ملك الآخر، فيكون التدبير في ملك كل واحدٍ منهما إليه، كذا في «المبسوط».

لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ وَلَا عَقْدَ، وَلَوْ شَرَطَ الحَصَادَ فِي الزَّرْعِ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ لَا يَجُوزُ بِالإِجْمَاعِ لِعَدَمِ العُرْفِ فِيهِ، وَلَوْ أَرَادَا فَصْلَ القَصِيلِ أَوْ جَدَّ التَّمْرِ بُسْرًا أَوِ التِقَاطَ الرُّطَبِ فَذَلِكَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا أَنْهَيَا العَقْدَ لَمَّا عَزَمَا عَلَى الفَصْلِ وَالجَدَادِ بُسْرًا فَصَارَ كَمَا بَعْدَ الإِدْرَاكِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

قوله: لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ، سمَّاه مشتركًا بعد القسمة باعتبار ما كان، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ المُسَاقَاةِ)

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة أن تقدم على كتاب المزارعة؛ لكثرة قائليها بالجواز، ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر، إلا أن اعتراضَ موجبَيْن صوَّبَ إيراد المزارعة قبل المساقاة:

أحدهما: شدة الاحتياج إلى عرفان أحكام المزارعة للعباد لكثرة وقوعها فيما بين أهل البلاد.

والثاني: كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى مسائل المساقاة.

ثم معنى المساقاة لغةً وشرعًا ما هو المذكور في «الصحاح» وغيره: أن المساقاة أن يستعمل رجلًا في نخيل أو كروم أو غيرهما، ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهمٌ معلومٌ مما تغله.

وشرائطها: هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطًا للمساقاة.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: وشرائطها أربعة:

منها: بيان نصيب العامل، فإن بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانًا، كما قلنا في المزارعة، ومنها: الشركة في الخارج كما في المزارعة، ومنها: التخلية بين الأشجار والعامل، ومنها: بيان الوقت، فإن سكتا عن الوقت جاز استحسانًا، ويقع العقد على أول ثمرة تكون في تلك السنة، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة تنتقض المعاملة.

وفي «المبسوط»: اعلم أن المزارعة والمعاملة فاسدتان في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله: هما جائزتان، في قول

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: الْمُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرِ بَاطِلَةٌ، وَقَالَا: جَائِزَةٌ إِذَا ذَكَرَ مُدَّةً مَعْلُومَةً وَسَمَّى جُزْءًا مِنَ الثَّمَرِ مُشَاعًا) وَالْمُسَاقَاةُ: هِيَ الْمُعَامَلَةُ وَالْكَلَامُ فِيهَا كَالْكَلَامِ فِي الْمُزَارَعَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: الْمُعَامَلَةُ جَائِزَةٌ، وَلَا تَجُوزُ الْمُزَارَعَةُ إِلَّا تَبَعًا لِلْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي هَذَا الْمُضَارَبَةُ، وَالْمُعَامَلَةُ أَشْبَهُ بِهَا؛ لِأَنَّ فِيهِ شَرِكَةً فِي الزِّيَادَةِ دُونَ الْأَصْلِ. وَفِي الْمُزَارَعَةِ لَوْ شَرَطَا الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ دُونَ الْبَذْرِ بِأَنْ شَرَطَا رَفْعَهُ مِنْ رَأْسِ الْخَارِجِ تَفْسُدُ، فَجَعَلْنَا الْمُعَامَلَةَ أَصْلًا، وَجَوَّزْنَا الْمُزَارَعَةَ تَبَعًا لَهَا كَالشُّرْبِ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَالْمَنْقُولِ فِي وَقْفِ الْعَقَارِ، وَشَرْطُ الْمُدَّةِ قِيَاسٌ فِيهَا لِأَنَّهَا إِجَارَةٌ مَعْنًى كَمَا فِي الْمُزَارَعَةِ.

وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: إِذَا لَمْ يُبَيِّنِ الْمُدَّةَ يَجُوزُ وَيَقَعُ عَلَى أَوَّلِ ثَمَرٍ يَخْرُجُ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ لِإِدْرَاكِهَا وَقْتٌ مَعْلُومٌ وَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ وَيَدْخُلُ فِيمَا مَا هُوَ الْمُتَيَقَّنُ، وَإِدْرَاكُ الْبَذْرِ

الشافعي رحمه الله: المعاملة في النخيل والكروم والأشجار صحيحة، فيسمون ذلك مساقاةً، والمزارعة لا تصح إلا تبعًا للمعاملة بأن يدفع إليه الكروم معاملة، وفيه أرضٌ بيضاء فيأمره بأن يزرع الأرض بالنصف أيضًا.

وقوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: الْمُعَامَلَةُ جَائِزَةٌ، إلى قوله: وَالْمَنْقُولِ فِي وَقْفِ الْعَقَارِ، من كلمات الشافعي رحمه الله.

قوله: وَتَقَعُ - المعاملة - عَلَى أَوَّلِ ثَمَرٍ يَخْرُجُ، أي: في هذه السنة.

الْبَذْر: من الحبِّ ما كان للبقل.

قوله: وَإِدْرَاكُ الْبَزْرِ، وفي نسخة: وَإِدْرَاكُ الْبَذْرِ، ولكن الأول أخص.

قوله: وَإِدْرَاكُ الْبَذْرِ فِي أُصُولِ الرَّطْبَةِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثِّمَارِ، معناه: دفع أصول

فِي أُصُولِ الرَّطْبَةِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثِّمَارِ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً فَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْمُدَّةِ، بِخِلَافِ الزَّرْعِ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَهُ يَخْتَلِفُ كَثِيرًا خَرِيفًا وَصَيْفًا وَرَبِيعًا، وَالِانْتِهَاءُ

الرطبة لإدراك البذر بمنزلة دفع الأشجار لإدراك الثمار، يعني: لو دفع رطبةً قد انتهى جدادُها على أن يقوم عليها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى من رزق فهو بينهما فهو جائز إذا كان البذر ممَّا يرغب فيه غيره وحده؛ لأنه يصير في معنى الثمر للشجر.

وفي «المبسوط»: ولو دفع إليه رطبةً قد انتهى جدادُها على أن يقوم عليها ويسيقها حتى يخرج بذرها، على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من بذر فهو بينهما نصفان، ولم يسميا وقتًا فهو جائز استحسانًا؛ لأن لإدراك البذر أوانًا معلومًا عند المزارعين، والبذر إنما يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحًا، والرطبة لصاحبها.

قوله: بِخِلَافِ الزَّرْعِ، أي: يشترط للمزارعة بيان المدة، أي: بيان مدة الابتداء والانتهاء، ولا يشترط في المعاملة بيان المدَّة فيما إذا كان لها نَهاية معلومة، وأمَّا إذا لم يكن لها نهاية معلومة فهما متساويتان في الفساد على ما ذكر في الكتاب، ثم الذي ذكره من عدم اشتراط بيان المدة في المعاملة هو جواب الاستحسان، وأمَّا جواب القياس فيشترط فيها أيضًا على ما ذكر في الكتاب.

وفي «الذخيرة»: فرق محمد رحمه الله بين المعاملة وبين المزارعة، فإن من دفع أرضه إلى غيره مزارعةً ولم يسم سنين معلومة لا تجوز المزارعة، ولم يوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة، وفي المعاملة لو دفع نخلًا أو كرمًا له معاملة بالنصف ولم يسم سنين معلومة يجوز في الاستحسان، وتقع المعاملة على سنةٍ واحدةٍ يعني: على ثمرة واحدة تخرج في تلك السنة.

والفرق أن المدة في باب المعاملة معلومةٌ عرفًا؛ لأن ابتداء العمل مما لا يتقدم ولا يتأخر في النخيل والكروم في الأماكن كلها، وإن تقدم أو تأخر كان يسيرًا لا عبرة له فيما بين الناس، وإذا كان ابتداء العمل هكذا فلا يتقدم انتهاء العمل ولا يتأخر أيضًا، فكانت المدة معلومة عرفًا، أمَّا في باب المزارعة المدة غير معلومة عرفًا؛ لأن ابتداء العمل فيها

بِنَاءً عَلَيْهِ فَتَدْخُلُهُ الجَهَالَةُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ غَرْسًا قَدْ عُلِّقَ وَلَمْ يَبْلُغ الثَّمَرُ مُعَامَلَةً حَيْثُ لا يَجُوزُ إِلَّا بِبَيَانِ المُدَّةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِقُوَّةِ الأَرَاضِي وَضَعْفِهَا تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ نَخِيلًا أَوْ أُصُولَ رُطَبَةٍ عَلَى أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا أَوْ أَطْلَقَ فِي الرُّطَبَةِ تَفْسُدُ المُعَامَلَةُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِذَلِكَ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ؛ لِأَنَّهَا تَنْمُو مَا تُرِكَتْ

ممَّا يتقدم ويتأخر عرفاً تفاوتاً فاحشاً، فإن من الناس من يزرعُ في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، وإذا كان ابتداء العمل ممَّا يتقدم ويتأخر عرفاً كان الانتهاء كذلك، فكانت المدة مجهولة فلا يجوز.

قوله: وَلَمْ يَبْلُغَ الثَّمَرُ - أي: ولم يبلغ الغرسُ الإثمارَ - مُعَامَلَةً حَيْثُ لا يَجُوزُ إِلَّا بِبَيَانِ المُدَّةِ، بأن يذكر سنين معلومة؛ لأنه لا يدري كم يحمل الشجر والنخيل والكرم والثمر؟ والأشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الأرض بالقوة والضعف، وإن بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوماً فيجوز، وإن لم نبينا ذلك لا يجوز.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ نَخِيلًا أَوْ أُصُولَ رُطَبَةٍ عَلَى أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا، أي: حتى يذهب أصولها، وينقطع نباتها، أي: حينئذٍ لا يجوز.

أمَّا إذا دفع النخيل أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقًا فيجوز إذا كان للرطبة جزَّة معلومة فتقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة تخرج، وفي الرطبة على أول جزَّة تجزُّ، وأمَّا إذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فلا يجوز سواء قيد بذهاب أصولها، أو أطلق ولم يذكر شيئاً؛ لأن في كل منهما جهالة المدة في الرطبة، بخلاف النخيل، فإنه لو قيد بقوله: دفعتكها معاملة إلى أن يذهب أصولها فلا يجوز، وإن أطلق عن ذلك فهو جائز فتقع المعاملة على أول ثمرة تخرج في تلك السنة، إلى هذا أشار أبو اليُسر رحمه الله.

وذكر في «المبسوط» في باب المعاملة: ولو دفع إليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسيقها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها على أن الخارج بينهما نصفان فهذا فاسد، وكذلك النخل والشجر؛ لأنه ليس لذلك نِهاية معلومة في العادة، وجهالة المدة في المعاملة

فِي الأَرْضِ فَجُهِلَتِ المُدَّةُ (وَيُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الجُزْءِ مُشَاعًا) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُزَارَعَةِ إِذْ شَرْطُ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ (فَإِنْ سَمَّيَا فِي المُعَامَلَةِ وَقْتًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لا يَخْرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا فَسَدَتِ المُعَامَلَةُ) لِفَوَاتِ المَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ (وَلَوْ سَمَّيَا مُدَّةً قَدْ يَبْلُغُ الثَّمَرُ فِيهَا وَقَدْ يَتَأَخَّرُ عَنْهَا جَازَتْ)؛ لِأَنَّا لا نَتَيَقَّنُ بِفَوَاتِ المَقْصُودِ، ثُمَّ لَوْ خَرَجَ فِي الوَقْتِ المُسَمَّى فَهُوَ عَلَى الشَّرِكَةِ لِصِحَّةِ العَقْدِ، وَإِنْ تَأَخَّرَ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ المِثْلِ لِفَسَادِ العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ الخَطَأُ فِي المُدَّةِ المُسَمَّاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ فِي الِابْتِدَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الذَّهَابَ بِآفَةٍ فَلَا يَتَبَيَّنُ فَسَادَ المُدَّةِ فَيَبْقَى العَقْدُ صَحِيحًا، وَلا شَيْءَ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالكَرْمِ وَالرِّطَابِ وَأُصُولِ البَاذِنْجَانِ)

تفسد المعاملة.

وفي «الإيضاح»، و«الذخيرة»: ولو دفع إلى رجل أصول رطبة يابسة في الأرض معاملة ولم يسم سنة ولا أكثر من ذلك، فهذا على وجهين: فإن لم يكن لجزازها وقت معلوم فالمعاملة فاسدة، وإن كان لجزازها وقتٌ معلومٌ فالعقد جائز فيقع على الجزة الأولى؛ وهذا لأن الرطبة ممَا يزداد طولًا بطول المدة، فمتى لم يكن وقت الجزاز معلومًا كانت مدة الجهالة معلومة، بخلاف التمر؛ لأن لإدراكه وقتًا معلومًا إذا بلغ ذلك الوقت لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أمَّا الرطبة بخلافها.

قوله: وَيُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الجُزْءِ مُشَاعًا؛ لِمَا بَيَّنَّا فِي المُزَارَعَةِ، وهو **قوله: وَلا تَصِحُّ المُزَارَعَةُ**، إلى أن قال: إِلَّا أَنْ يَكُونَ الخَارِجُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الشَّرِكَةِ، إلى آخره.

قوله: لا يَخْرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا، أي: في تلك المدة، أنث الوقت بتأويل المدة، كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة في قوله: ما هذه الصوت؟

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الجَدِيدِ: لا تَجُوزُ إِلَّا فِي الكَرْمِ وَالنَّخْلِ؛ لِأَنَّ جَوَازَهَا بِالأَثَرِ وَقَدْ خَصَّهُمَا وَهُوَ حَدِيثُ خَيْبَرَ. وَلَنَا أَنَّ الجَوَازَ لِلْحَاجَةِ وَقَدْ عَمَّتْ، وَأَثَرُ خَيْبَرَ لا يَخُصُّهُمَا لِأَنَّ أَهْلَهَا كَانُوا يَعْمَلُونَ فِي الأَشْجَارِ وَالرِّطَابِ أَيْضًا، وَلَوْ كَانَ كَمَا زَعَمَ فَالأَصْلُ فِي النُّصُوصِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُولَةً سِيَّمَا عَلَى أَصْلِهِ (وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الكَرْمِ أَنْ يُخْرِجَ العَامِلَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ)؛ لِأَنَّهُ لا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي الوَفَاءِ بِالعَقْدِ (وَكَذَا لَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَتْرُكَ العَمَلَ بِغَيْرِ عُذْرٍ) بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى صَاحِبِ البَذْرِ

قوله: فَالأَصْلُ فِي النُّصُوصِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُولَةً سِيَّمَا عَلَى أَصْلِهِ، أي: خصوصًا على أصل الشافعي رحمه الله، فإنه يرى تعليل الأصول أكثر ممَّا رآه أصحابنا، وذلك لوجهين:

أحدهما: أن المذهب عنده هو أن النصوص كلها معلولة بكل وصف، إلا أنه لا بدَّ من قيام دليل التميز بين وصف ووصف، على أن هذا الوصف هو مناط الحكم دون سائر الأوصاف، وعندنا أيضاً هو كذلك لكن بزيادة شرط آخر فيها سوى هذا الشرط، فإن عندنا لا بدَّ من قيام دلالة التميز كما قال الشافعي رحمه الله، ولا بدَّ أيضًا قبل ذلك من قيام الدليل على أن هذا النص نفسه بعينه معلول بعلة ما، فيظهر أثر هذا الخلاف في مسألة الخمر: أن حرمة الخمر معلولة بعلة أم لا؟ فعنده معلولة بناءً على أن الأصل في النصوص التعليل، وقد قام دليل التميز وهو صفة المخامرة، وعندنا غير معلولة لانعدام الدليل على أن نص الخمر معلول، بل قد قام النص على أنه غير معلول بقوله صلى الله عليه وسلم: «حرمت الخمرة لعينها».

والثاني: أنه يجوز تعليل النصوص بنوعي العلة، وهما العلة المتعدية والقاصرة، فيظهر أثر هذا الخلاف في الذهب والفضة في حديث الربا: أنه هل يصح أن يعلل بالثمنية أم لا؟ فعنده يصح وإن كانت قاصرة، وعندنا لايصح، فكان وجوه العلل عنده أكثر ضرورةً، فكان هو أَوْلَى بأن يقال: سِيَّمَا عَلَى أَصْلِهِ، لهذين الوجهين.

قوله: بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى صَاحِبِ البَذْرِ، وإنما قيد بقوله: بِالإِضَافَةِ إِلَى

عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَ نَخْلًا فِيهِ تَمْرٌ مُسَاقَاةً وَالتَّمْرُ يَزِيدُ بِالعَمَلِ جَازَ وَإِنْ كَانَتْ قَدِ انْتَهَتْ لَمْ يَجُزْ) وَكَذَا عَلَى هَذَا إِذَا دَفَعَ الزَّرْعَ وَهُوَ بَقْلٌ جَازَ، وَلَوْ اسْتُحْصِدَ وَأُدْرِكَ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ العَامِلَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالعَمَلِ، وَلا أَثَرَ لِلْعَمَلِ بَعْدَ التَّنَاهِي وَالإِدْرَاكِ، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ لَكَانَ اسْتِحْقَاقًا بِغَيْرِ عَمَلٍ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ ذَلِكَ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى العَمَلِ.

صَاحِبِ البَذْرِ؛ لأنه لو امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العامل.

قوله: عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، أراد به ما ذكره في المزارعة **بقوله**: وَإِذَا عُقِدَتِ المُزَارَعَةُ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِنَ العَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ المُضِيُّ فِي العَقْدِ إِلَّا بِضَرَرٍ يَلْزَمُهُ.

وحاصل الفرق بين المزارعة والمعاملة في هذه المسألة راجع إلى وجود الضرر وعدمه، ففي المزارعة قبل إلقاء البذر لما تضمن المضيُّ على موجب العقد الضررَ وهو استهلاك البذر في الحال، جاز لصاحب البذر أن يمتنع عن المضي على موجب العقد، وإن كان بغير عذر سوى إلقاء البذر، لكون إلقَاء البذر عذرًا.

بخلاف المعاملة فإن مثل هذا الضرر لم يوجد هناك من الجانبين، فلذلك وقعت المعاملة من حين وقعت لازمة من الجانبين، فإن صاحب النخل هنا بمنزلة صاحب البذر هناك، فإن النخل أصل لما يتفرع عليه من الثمن كالبذر وهو أصل لما يتفرع عليه من الخارج.

ثم إن صاحب النخل هاهنا لا يحتاج في المضي على موجب العقد إلى إتلاف شيء من ماله؛ لأن النخل يبقى كما كان فيلزم العقد من الجانبين، بخلاف صاحب البذر، فإنه لو مضى على موجب العقد يحتاج إلى أن يلقى بذره في الأرض، وفيه إتلاف ملكه فله أن لا يرضى به، إلى هذا أشار في «المبسوط».

ثم عذر صاحب الكرم هو أن يلحقه دين فادح لا يمكنه الإيفاء إلا ببيع الكرم، وعذر

قَالَ: (وَإِذَا فَسَدَتِ الْمُسَاقَاةُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ، وَصَارَ كَالْمُزَارَعَةِ إِذَا فَسَدَتْ.

قَالَ: (وَتَبْطُلُ الْمُسَاقَاةُ بِالْمَوْتِ)؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الإِجَارَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِيهَا، فَإِنْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالْخَارِجُ بُسْرٌ فَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَ يَقُومُ قَبْلَ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ الثَّمَرَ، وَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ وَرَثَةُ رَبِّ الأَرْضِ اسْتِحْسَانًا فَيَبْقَى الْعَقْدُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الآخَرِ (وَلَوِ الْتَزَمَ الْعَامِلُ الضَّرَرَ يَتَخَيَّرُ وَرَثَةُ الآخَرِ بَيْنَ

العامل هو أن يمرض.

ولا يقال: ينبغي أن يؤمر في مرضه بأن يستأجر غلامًا ليقيم العمل؛ لأنا نقول: إن في ذلك إلحاق ضرر به لم يلتزمه بعقد المعاملة، وإذا كان في إبقاء العقد عليه ضرر فوق ما التزمه يصير ذلك عذرًا له في فسخ المعاملة، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ وَالْخَارِجُ بُسْرٌ فَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ، هذا جواب الاستحسان.

وأمَّا في جواب القياس فقد انتقضت المعاملة بينهما، وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين فيما إذا كان العقد على المناصفة؛ وذلك لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين، ثم انتقاض العقد بموت أحدهما بمنزلة اتفاقهما على نقضه في حياتهما، ولو نقضاه والخارج بسرٌ كان بينهما نصفين، فكذا هنا، ولكنه استحسن فقال: للعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم حتى يدرك الثمر وإن كَرِه ذلك الورثة؛ لأن في انتقاض العقد بموت رب الأرض إضرارًا بالعامل وإبطالًا لما لكان مستحقًّا له بالعقد، وهو ترك الثمار في الأشجار إلى وقت الإدراك.

قوله: وَلَوِ الْتَزَمَ الْعَامِلُ الضَّرَرَ، أي: بأن يقول: أنا آخذ نصف البسر فله ذلك؛ لأن إيفاء العقد لدفع الضرر عنه، فإذا رضي بالتزام الضرر انتقضَ العقد بموت رب الأرض، إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بورثة رب الأرض، فيثبت الخيار للورثة بين الأشياء الثلاثة على ما

أَنْ يَقْسِمُوا الْبُسْرَ عَلَى الشَّرْطِ وَبَيْنَ أَنْ يُعْطُوهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مِنَ الْبُسْرِ وَبَيْنَ أَنْ يُنْفِقُوا عَلَى الْبُسْرِ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَرْجِعُوا بِذَلِكَ فِي حِصَّةِ الْعَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلْحَاقُ الضَّرَرِ بِهِمْ)، وَقَدْ بَيَّنَّا نَظِيرَهُ فِي الْمُزَارَعَةِ (وَلَوْ مَاتَ الْعَامِلُ فَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ وَإِنْ كَرِهَ رَبُّ الْأَرْضِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ النَّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ (فَإِنْ أَرَادُوا أَنْ يَصْرِمُوهُ بُسْرًا كَانَ صَاحِبُ الْأَرْضِ بَيْنَ الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثَةِ) الَّتِي بَيَّنَّاهَا.

(وَإِنْ مَاتَا جَمِيعًا فَالْخِيَارُ لِوَرَثَةِ الْعَامِلِ) لِقِيَامِهِمْ مَقَامَهُ، وَهَذَا خِلَافَةٌ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ، وَهُوَ تَرْكُ الثِّمَارِ عَلَى الْأَشْجَارِ إِلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ لَا أَنْ يَكُونَ وَارِثُهُ فِي الْخِيَارِ

ذكر في الكتاب.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا نَظِيرَهُ فِي الْمُزَارَعَةِ، وهو **قوله:** وَلَوْ أَرَادَ الْمُزَارِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بَقْلًا قِيلَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ: اقْلَعِ الزَّرْعَ فَيَكُونُ بَيْنَكُمَا، أَوْ أَعْطِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، أَوْ أَنْفِقْ أَنْتَ عَلَى الزَّرْعِ وَارْجِعْ بِمَا تُنْفِقُهُ فِي حِصَّتِهِ.

قوله: لِأَنَّ فِيهِ النَّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، أي: من جانب رب الأرض وجانب ورثة العامل؛ لأن فيه تحصيل مقصودهم وتوفير حقهم عليه بترك نصيب مورثهم من التمر في النخل إلى وقت الإدراك كما كان مستحقًّا له.

وقوله: وَهَذَا خِلَافَةٌ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ، إلى **قوله:** لَا أَنْ يَكُونَ وَارِثُهُ فِي الْخِيَارِ، هذا جواب لإشكال تقديري وهو أن يقال: خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل؟

وفي «المبسوط»: ولو ماتا جميعاً كان الخيار في القيام عليه، أو في تركه إلى ورثة العامل؛ لأنهم يقومون مقام العامل، وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض، فكذلك يكون لورثته بعد موته، وليس هذا من باب توريث الخيار، بل هو من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالي مستحق عليه، وهو ترك الثمار على النخل إلى وقت الإدراك.

(فَإِنْ أَبَى وَرَثَةُ العَامِلِ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ كَانَ الخِيَارُ فِي ذَلِكَ لِوَرَثَةِ رَبِّ الأَرْضِ) عَلَى مَا وَصَفنَا.

قَالَ: (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُعَامَلَةِ وَالخَارِجُ بُسْرٌ أَخْضَرُ فَهَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ، وَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا إِلَى أَنْ يُدْرِكَ لَكِنْ بِغَيْرِ أَجْرٍ)؛ لِأَنَّ الشَّجَرَ لا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ، بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ فِي هَذَا لِأَنَّ الأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهَا، وَكَذَلِكَ العَمَلُ كُلُّهُ عَلَى العَامِلِ هَاهُنَا وَفِي المُزَارَعَةِ فِي هَذَا عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ بَعْدَ انْتِهَاءِ المُدَّةِ عَلَى العَامِلِ لا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ العَمَلَ وَهَاهُنَا لا أَجْرَ فَجَازَ أَنْ يَسْتَحِقَّ

قوله: لِأَنَّ الشَّجَرَ لا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ، أي: استئجار الشجر باطل، فإنه لو استأجره لا يجب عليه أجر المثل أيضًا.

بخلاف استئجار الأرض، فإنه لو استأجر الأرض إلى مدة معلومة يجب المسمى، ولو استأجرها إلى وقت إدراك الزرع يجب أجر المثل.

وذكر في «المبسوط»: ولو اشترى زرعًا في أرض ثم استأجر الأرض إلى مدة معلومة جاز، ولو استأجرها إلى وقت الإدراك وجب أجر المثل، ولو اشترى ثمارًا على رؤوس الأشجار، ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك لا يجب عليه أجر.

وإذا ظهر هذا الفرق ابتنى عليه الفرق الآخر، وهو أن هناك العمل عليهما بحسب ملكهما في الزرع؛ لأن رب الأرض لمَّا استوجب الأجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة، وهنا العمل على العامل في الكل؛ لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجرًا بعد انقضاء المدة، كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة، فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الإدراك كما قبل انقضاء المدة.

قوله: بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ فِي هَذَا، أي: فيما إذا انقضت مدة المزارعة.

العَمَلَ كَمَا يَسْتَحِقُّ قَبْلَ انْتِهَائِهَا.

قَالَ: (وَتُفْسَخُ بِالأَعْذَارِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الإِجَارَاتِ، وَقَدْ بَيَّنَّا وُجُوهَ العُذْرِ فِيهَا. وَمِنْ جُمْلَتِهَا أَنْ يَكُونَ العَامِلُ سَارِقًا يَخَافُ عَلَيْهِ سَرِقَةَ السَّعَفِ وَالثَّمَرِ قَبْلَ الإِدْرَاكِ؛ لِأَنَّهُ يُلْزِمُ صَاحِبَ الأَرْضِ ضَرَرًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ فَتُفْسَخُ بِهِ. وَمِنْهَا مَرَضُ العَامِلِ إِذَا كَانَ يُضْعِفُهُ عَنِ العَمَلِ؛ لِأَنَّ فِي الزَّامِهِ اسْتِئْجَارَ الأُجَرَاءِ زِيَادَةَ ضَرَرٍ عَلَيْهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ فَيُجْعَلُ ذَلِكَ عُذْرًا، وَلَوْ أَرَادَ العَامِلُ تَرْكَ ذَلِكَ العَمَلِ هَلْ يَكُونُ عُذْرًا؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ. وَتَأْوِيلُ إِحْدَاهُمَا أَنْ يَشْتَرِطَ العَمَلَ بِيَدِهِ فَيَكُونَ عُذْرًا مِنْ جِهَتِهِ (وَمَنْ دَفَعَ أَرْضًا بَيْضَاءَ إِلَى رَجُلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً يَغْرِسُ فِيهَا شَجَرًا عَلَى أَنْ تَكُونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَ رَبِّ الأَرْضِ وَالغَارِسِ نِصْفَيْنِ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ) لِاشْتِرَاطِ الشَّرِكَةِ فِيمَا كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ الشَّرِكَةِ لا بِعَمَلِهِ.

(وَجَمِيعُ الثَّمَرِ وَالغَرْسِ لِرَبِّ الأَرْضِ وَلِلْغَارِسِ قِيمَةُ غَرْسِهِ وَأَجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ: إِذْ هُوَ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ وَهُوَ نِصْفُ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا فِي الإِجَارَاتِ، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ المَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ العُذْرُ فِي الإِجَارَةِ كَالعَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ، إلى آخره.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا وُجُوهَ العُذْرِ فِيهَا، كظهور النداء عن السفر لمن استأجر الدابة للسفر، ومرض المؤاجر، واستئجار الخياط غلاماً ثم إفلاسه.

السَّعَف: ورق جريد النخل الذي يسُفُّ منه الزنبيل والمرواح.

قوله: لِاشْتِرَاطِ الشَّرِكَةِ فِيمَا كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ الشَّرِكَةِ، وهو الأرض.

الْبُسْتَانُ فَيَفْسُدُ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الغِرَاسِ لِاتِّصَالِهَا بِالأَرْضِ فَيَجِبُ قِيمَتُهَا وَأَجْرُ مِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لا يَدْخُلُ فِي قِيمَةِ الغِرَاسِ لِتَقَوُّمِهَا بِنَفْسِهَا.

وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ بَيَّنَّاهُ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى،

قوله: وَتَعَذَّرَ رَدُّ الغِرَاسِ لِاتِّصَالِهَا بِالأَرْضِ، يعني: لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمًا لشجر الغراس، بل يكون تسليمًا لقطعَةِ خشبَةٍ، وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله: عَلَى أَنْ تَكُونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَ رَبِّ الأَرْضِ وَالغَارِسِ نِصْفَيْنِ، فلمَّا لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب قيمتها.

وفي «المبسوط»: ثم الغراس عين مال قائمة كانت للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال بالأرض، فيلزمه قيمتها مع أجر مثل عمله فيما عمل، بمنزلة ما لو دفع إلى خياط ظهارة على أن يبطنَها ويحشوَها ويخيطها جبة بنصف الجبة كان العقد فاسدًا، وكانت له قيمة البطانة والحشو، وأجرة مثل عمله فيما عمل، وكذلك لو لم يشترط له من الأرض شيئًا ولكنه قال: على أن لك عليَّ مائة درهم، أو شرط عليه كرّ حنطة، فالعقد فاسد.

قوله: وَفِي تَخْرِيجِهَا - أي: وفي تخريج جواب هذه المسألة وهو قوله: وَمَنْ دَفَعَ أَرْضًا بَيْضَاءَ، إلى قوله: لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ - طَرِيقٌ آخَرُ، أي: دليل آخر في جواب هذه المسألة بأن هذا العقد لا يجوز سوى ما ذكرناه من الدليل.

والذي ذكرناه من الطريق طريقُ قفيز الطحان، فكان سلوكًا لطريق الاستئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو أن يكون نصف البستان للعامل، فكان بمنزلة طحن الطحان للحنطة بقفيز الدقيق الذي حصل من طحن تلك الحنطة وهو فاسد، وهذا الطريق هو الأصح، وأمَّا الطريق الآخر الذي أحال على «كفاية المنتهي» في تخريج جواب هذه المسألة بأنه لا يجوز، فهو طريق شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بمقابلة نصف الأرض، أو شراه جميع الغراس بمقابلة نصف الأرض ونصف الخارج، فكان عدم جواز هذا العقد هناك لجهالة الغراس نصفها أو جميعها؛ لا لاعتبار معنى الاستئجار الذي هو معنى قفيز الطحان.

....

وذكر الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بيان هذا في باب الإجارة الفاسدة من إجارات «المبسوط» فقال: ومن دفع أرضاً إلى رجل يغرسُ فيها شجرًا على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك؛ لأنه يكون مشترياً نصفَ الغرس منه بنصف الأرض، والغراس مجهولة فلا يجوز ذلك، هكذا ذكره بعض مشايخنا.

وأمَّا الحكم في «المختصر» فنقول: تأويل المسألة عندي أنه جعل نصف الأرض عوضًا عن جميع الغرس، ونصف الخارج عوضًا لعمله، فعلى هذا الطريق نقول: اشترى العامل نصف الأرض بجميع الغراس وهي مجهولة فكان العقد فاسدًا، فإن فعل فالشجر لرب الأرض؛ لأن العقد في الشجر كان فاسدًا، وقد زرعه في أرضه بأمره فكأنَّ صاحب الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضًا للغرس باتصاله بأرضه مستهلكاً بالعلوق، فيجب عليه قيمة الشجر وأجر ما عمل؛ لأنه ابتغى من عمله عوضًا وهو نصف الخارج، ولم يقل ذلك فكان عليه أجر مثله.

ثم قال بعده بخطوط: قال رضي الله عنه: والأصح عندي أن يقال في تعليل هذه المسألة: إن صاحب الأرض استأجره ليجعل أرضه بستانًا بآلات على نفسه على أن يكون أجره بعض ما يحصل بعمله وهو نصف البستان، فهو كما لو استأجر صباغًا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ، وذلك فاسد؛ لأنه في معنى قفيز الطحان الذي نَهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه؛ وهذا لأن الغراس آلة تجعل الأرض بها بستاناً كالصبغ للثوب، فإذا فسد العقد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض، وهي متقومة فيلزمه قيمتها، كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه، إلا أن الغراس أعيان تقوّم بنفسها فلا يدخل أجر العمل في قيمتها، فيلزمه مع قيمة الأشجار أجر مثل عمله؛ لأنه ابتغى عن عمله عوضًا ولم يسلم له فيستوجبُ أجرَ المثل.

ثم ذكر هذه المسألة في مزارعة «المبسوط»، فقال بعد ذكر صورة المسألة: فجميع الثمر والغرس لرب الأرض، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل، ثم قال: وقد بيَّنا في المسألة طريقين لمشايخنا في كتاب الإجارات:

وَهَذَا أَصَحُّهُمَا، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

أحدهما: أنه اشترى منه نصف الغرس بنصف الأرض.

والآخر: أنه اشترى منه جميع الغرس بنصف الأرض، والأصح أنه استأجره ليجعل أرضه بستاناً بآلات نفسه على أن يكون أجرُه نصفَ البستان الذي يظهر بعمله وآلاته، وذلك في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدًا.

قلتُ: فعلى هذا قوله في الكتاب: وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ، مأوَّلٌ كان فيه طريقين لكن معنى الشراء يشملهما، فكانا من حيث الشراء طريقًا واحدًا، والذي اختاره من حيث الإجارة، وهو طريق آخر.

قوله: وَهَذَا أَصَحُّهُمَا، أي: والذي ذكرناه في الكتاب أصح الطريقين وهو طريق الإجارة، فوجه الأصح هو ما ذكرناه من إجارات «المبسوط» بقوله: وهذا لأن الغراس آلة، إلى آخره، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ الذَّبَائِحِ)

كتاب الذبائح

أورد الذبائح بعد المزارعة لمناسبة خاصة بينهما، وهي أن الذبح تحصيل للمقصود وهو الانتفاع باللحم في المآل، مع إتلاف الموجود في الحال، وهو إزهاق روح الحيوان، كالزراعة في القيعان والصحيحان[١]، هي تحصيل للمقصود وهو الانتفاع بالخارج في المآل، مع إتلاف الموجود في الحال، وهو تبذير حنطة موجودةٍ، لمنافع هي في الحال مفقودة.

ثم المحاسن في الذبائح هي أنه لو لم يكن فيها إلا رد قول الثنوية، من المانويَّة[٢]، والدَّيْصانية[٣]، والمرقُونيَّة[٤] الضلَّال، وأهل البطول، لوجبَ على الموحِّد تلقيها بالقبول،

(١) في هامش فيض الله أفندي - الثانية (ف٢)، ومراد ملا - الثالثة (م٣): الصحيحان: المكان المستوي.

(٢) المانوية - Manichaeism، أو المنانية كما ذكر ابن النديم في «الفهرس» ديانة تنسب إلى مانِي بن فتك المولود في عام ٢١٦ ميلادي في بابل، وهي عقيدة دينية ظهرت في فارس في القرن الثالث الميلادي، تنسب إلى الحكيم الفارسي مانِي (٢١٦ - ٢٧٦م) بن فاتك المرتبط بمذهب غنوصي، راجع للمزيد إلى موسوعة (المعرفة) على شبكة الإنترنت.

(٣) الدَّيصانية: نسبة إلى مؤسسها دَيْصان الذي وُلد على (نهر دَيْصان)، فرقة من فرق المثنوية، كانت منتشرة في العراق في العصر العباسي، كانوا يثبتون الأصلين: نورًا وظلامًا، فالنور يفعل الخير قصدًا واختيارًا، والظلام يفعل الشر طبعًا واضطرارًا، وكانت لهم مناظرات مع فلاسفة ومتكلمي الإسلام آنذاك، من أبرزها مناظرة أبي شاكر الدَّيصانِي مع هشام بن الحكم الكوفي، تلميذ الإمام جعفر بن محمد الصادق، انظر: الملل والنِّحل (٢/ ٥٥)، والموسوعة الحرة (ويكيبيديا) على شبكة الإنترنت.

(٤) المرقُونيَّة: هي طائفة من المجوس، تنسب إلى مرقيون الذي وضع أسسها، وعقيدتها ثنوية كغيرها من الديانات، أثبتوا أصلين قديمين متضادين: أحدهما النور، والثانِي الظلمة، وأثبتوا أصلًا ثالثًا هو المعدل الجامع وهو سبب المزاج. انظر: الملل والنِّحل (٢/ ٥٧).

....

فإنَّهم لا يرون إباحة ذبح الحيوان وقتله لما فيه من إذهاب الروح الذي هو من أجزاء النور.

قلنا: إن الحيات والعقارب وجميع ذوات السموم جميع فسادها وشرها في العالم من قبل أرواحها دون أجسادها؛ إذ هي بعد زوال أرواحها عنها تندفع مضرتها، وتنقطع مادة شرها ومضرتها، فعُلِم بِهذا أن هذه الدعوى مطلقًا غير صحيحة.

ثم يقال لهم: إن الجنس الذي جعل غذاءً للبشر من جملة الحيوانات هو الغنم، ومن المعلوم أن هذا الجنس لو خلا عن قيام الآدمي بدفاع أسباب الهلاك عنه، وإيصال ما فيه منفعته لتلف الكل لتسلط الذباب وأنواع السباع عليها، وليس معه آلة الدفاع والنجاح من القوائم والجناح فتمزقه السباع في أسرع مدة، وكذا من طبع هذا الجنس - وهو الغنم - أن راعيها لو بعد عنها في المفاوز لبقيت رافعة رؤوسها إلى السماء متخوفة عن كل صوت، نافرة عن كل ركن لا تتناول علفاً ولا تردُ ماءً إلى أن تتلف جوعًا وعطشًا، وإذا كان الأمر كذلك فلو لم يبح للآدمي الانتفاع بها وتناول لحومها لما قام بالدفع عنها والحفظ لها، فيتلف الكل وينقطع الجنس، فكان في إباحة التناول إبقاء الجنس وفي الحظر إهلاكه، فلو لم يبح إتلاف البعض لغذاء من يقوم عليها يصير ذلك طريقًا إلى فناء الكل، فحينئذٍ كان ما قالوه عائدًا على موضوعه بالنقض.

ولأن فيه تحقيق منة الله تعالى بأنه خلق ما في العالم لمنفعة الممتحنين، ويتبيَّن ما أعدَّ الله تعالى لمصالح المكلفين حيث قال: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩].

وأمَّا ما تشبثوا به من قبح إيلام الحيوان فذلك قول مردود، فإن العقلاء لمَّا اتفقوا على حسن إيلام حجامة المريض، وحسن سقي الأدوية الكريهة لرجاء شفاء يعقبه على طريق غلبة الظن، مع أن هذا إيلام وجرح في نفس المكلفين المقصودين بخلق العالم، والشفاء غير متيقن به، فلأن يحسن إيلام حيوان غير مكلف، وحصول الانتفاع، وبقاء المهج بالتغذي بلحمه متيقَّن به أَوْلَى وأَحْرَى.

قَالَ: (الذَّكَاةُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]؛ وَلِأَنَّ بِهَا يَتَمَيَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ مِنَ اللَّحْمِ الطَّاهِرِ. وَكَمَا يَثْبُتُ بِهِ الحِلُّ يَثْبُتُ بِهِ الطَّهَارَةُ فِي المَأْكُولِ وَغَيْرِهِ، فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْهَا.

وباقي ما يتعلق بالذبائح من المحاسن يذكره في الأضحية إن شاء الله تعالى، وذكر شروط الذبح وكيفيته في الكتاب.

قوله: الذَّكَاةُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ، أي: الذبح شرط حِل لكل ما يؤكل لحمه من الحيوان، وأصل تركيب التذكية يدل على التمام، ومنه: ذكاء السن بالمدِّ لنهاية الشباب، وذكاء النار بالقصر لتمام اشتعالها، وقد ذكرنا أن قول محمد بن الحنفية: «ذَكَاةُ الأَرْضِ يُبْسُهَا»، أي: إنَّها إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت، كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

ثم اعلم أن هذا الشرط الذي هو الذكاة هو شرط حِل التناول فيما يحل تناوله من الحيوانات سوى السمك والجراد ثابت بالنص.

ثم اختلفوا فيه أنه معقول المعنى أم لا؟ وذكر في «المبسوط»: فزعم بعض العراقيين من مشايخنا أن التذكية محظورة بالعقل لما فيها من إتلاف الحيوان، وهذا عندي باطل، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه، ولا يظن به أنه كان يتناول ذبائح المشركين؛ لأنَّهم كانوا يذبحون باسم الأصنام، فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه، وما كان يفعل ما كان محظورًا عقلًا، كالظلم، والكذب، والسفه، فإنه لا يجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط، ثم في الذبح والاصطياد تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمي فيكون ذلك مباحًا، وإليه أشار الله تعالى بقوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، والإيلام لهذا المقصود فلا يكون محظورًا عقلًا، كالفصد، والحجامة، وشرب الأدوية الكريهة في وقتها.

قوله: فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْهَا، أي: إن الذكاة تبنئ عن الطهارة.

وَمِنْهَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ذَكَاةُ الأَرْضِ يُبْسُهَا» وَهِيَ اخْتِيَارِيَّةٌ كَالجُرْحِ فِيمَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ، وَاضْطِرَارِيَّةٌ وَهِيَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ البَدَنِ. وَالثَّانِي كَالبَدَلِ عَنِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ العَجْزِ عَنِ الأَوَّلِ. وَهَذَا آيَةُ البَدَلِيَّةِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الأَوَّلَ أَعْمَلُ فِي إِخْرَاجِ الدَّمِ وَالثَّانِيَ أَقْصَرُ فِيهِ، فَاكْتَفَى بِهِ عِنْدَ العَجْزِ عَنِ الأَوَّلِ، إِذِ التَّكْلِيفُ بِحَسْبِ الوُسْعِ. وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ الذَّابِحُ صَاحِبَ مِلَّةِ التَّوْحِيدِ إِمَّا اعْتِقَادًا كَالمُسْلِمِ أَوْ دَعْوَى كَالكِتَابِيِّ، وَأَنْ يَكُونَ حَلَالًا خَارِجَ الحَرَمِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَذَبِيحَةُ المُسْلِمِ وَالكِتَابِيِّ حَلَالٌ) لِمَا تَلَوْنَا. وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ

واللَّبَّة: المِنْحر من الصدر.

قوله: أَوْ دَعْوَى كَالكِتَابِيِّ، أي: يدعي أنه صاحب ملة التوحيد.

ثم إنما تحل ذبيحة الكتابي فيما إذا لم يذكر وقت الذبح عزيرًا، أو اسم المسيح، وأمّا إذا ذكر ذلك فلا يحل كما لا يحل ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى، لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، فحال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَذَبِيحَةُ المُسْلِمِ وَالكِتَابِيِّ حَلَالٌ؛ لِمَا تَلَوْنَا، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾، وهو عام يتناول المسلم والكتابي، والأولى في التمسك في حل ذبيحة الكتابي ما تمسك به في «المبسوط» بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، والمراد: الذبائح؛ إذ لو حمل على ما سواها من الأطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر معنى.

وإنما قلنا ذلك أولى؛ لأن عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] كما يتناول المسلم والكتابي، فكذلك يتناول الوثني، والمرتد، والمجوسي، ولا تحل ذبيحتهم بالاتفاق.

أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وَيَحِلُّ إذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضْبِطُ وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوِ امْرَأَةً، أَمَّا إذَا كَانَ لا يَضْبِطُ وَلا يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ لا تَحِلُّ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ عَلَى الذَّبِيحَةِ شَرْطٌ بِالنَّصِّ وَذَلِكَ بِالقَصْدِ. وَصِحَّةُ القَصْدِ بِمَا ذَكَرْنَا. وَالأَقْلَفُ وَالمَخْتُونُ سَوَاءٌ لِمَا ذَكَرْنَا، وَإِطْلَاقُ الكِتَابِيِّ يَنْتَظِمُ الكِتَابِيَّ وَالذِّمِّيَّ وَالحَرْبِيَّ وَالعَرَبِيَّ وَالتَّغْلِبِيَّ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ المِلَّةِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَلا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ

قوله: وَيَحِلُّ إذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ، قيل: معناه: أن يعلم أن حل الذبيحة بالتسمية.

قوله: وَالذَّبِيحَةَ - وفي نسخة: والذَّبْحة، أي: أن يقدر على الذبح - وَيَضْبِطُ، أي: يضبط ويعلم شرائط الذبح من فري الأوداج والحلقوم.

قوله: وَصِحَّةُ القَصْدِ بِمَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: وَيَحِلُّ إذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضْبِطُ.

فإن قلتَ: فعلى هذا كيف يصح قوله: أَوْ مَجْنُونًا؛ إذ لا قصد له؛ لأن القصد إنما يكون بالعقل.

قلتُ: جاز أن يريد بالمجنون المعتوه كما ذكر في الحجر هكذا فقال: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ - إشارة إلى الثلاثة الذي منهم المجنون - وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ، ثم قال بعده: وَالمَجْنُونُ قَدْ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ، إلى أن قال: وَهُوَ المَعْتُوهُ الَّذِي يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ.

قوله: وَالأَقْلَفُ وَالمَخْتُونُ سَوَاءٌ، أي: في حال ذبيحتهما، وإنما ذكر الأقلف احترازًا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه كان يقول: «شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز».

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أراد به ما ذكره في العمومات من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، وقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

قوله: يَنْتَظِمُ الكِتَابِيَّ الذِّمِّيَّ، بدون حرف العطف على طريق الصفة والموصوف.

أَهْلِ الكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ» وَلِأَنَّهُ لا يَدَّعِي التَّوحِيدَ فَانْعَدَمَتِ المِلَّةُ اعْتِقَادًا وَدَعْوَى.

قَالَ: (وَالمُرْتَدِّ)؛ لِأَنَّهُ لا مِلَّةَ لَهُ. فَإِنَّهُ لا يُقِرُّ عَلَى مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَى غَيْرِ دِينِهِ لِأَنَّهُ يُقِرُّ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فَيُعْتَبَرُ مَا هُوَ عَلَيْهِ عِنْدَ الذَّبْحِ لا مَا قَبْلَهُ.

قَالَ: (وَالوَثَنِيِّ)؛ لِأَنَّهُ لا يَعْتَقِدُ المِلَّةَ.

قَالَ: (وَالمُحَرَّمُ) يَعْنِي مِنَ الصَّيْدِ (وَكَذَا لا يُؤْكَلُ مَا ذُبِحَ فِي الحَرَمِ مِنَ الصَّيْدِ) وَالإِطْلَاقُ فِي المُحَرَّمِ يَنْتَظِمُ الحِلَّ وَالحَرَمَ، وَالذَّبْحُ فِي الحَرَمِ يَسْتَوِي فِيهِ الحَلَالُ وَالمُحْرِمُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الذَّكَاةَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ وَهَذَا الصَّنِيعُ مُحَرَّمٌ فَلَمْ تَكُنْ ذَكَاةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا ذَبَحَ المُحْرِمُ غَيْرَ الصَّيْدِ أَوْ ذَبَحَ فِي الحَرَمِ غَيْرَ الصَّيْدِ صَحَّ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ، إِذِ الحَرَمُ لا يُؤَمِّنُ الشَّاةَ، وَكَذَا لا يَحْرُمُ ذَبْحُهُ عَلَى المُحْرِمِ.

قوله: وَالمُرْتَدِّ، بالجر أي: لا تؤكل ذبيحة المرتد؛ لأنه إذا ارتد إلى غير دين أهل الكتاب فلا إشكال فيه؛ لأنه كالكافر الأصل فيما يعتقده، وإن ارتد إلى دين أهل الكتاب؛ فلأنه غير مقر على ما اعتقده، وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له، والنكاحُ وحل الذبيحة يبني على الملة، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ الكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَى غَيْرِ دِينِهِ، أي: تؤكل ذبيحته، هذا إذا تحول الكتابي إلى دين هو من دين أهل الكتاب، كما إذا تَهود النصراني أو تنصر اليهودي، وكذا لو تَهود مجوسي أو تنصر تؤكل ذبيحته وصيده؛ لأنه يقر على ما اعتقد عندنا؛ لأنه صار بحيث يدعي التوحيد فلا يجوز إجباره على العود إلى دعوى الاثنين، وإذا كان مقرًّا على ما اعتقده التحق بما كان عليه في الأصل، أمَّا لو تمجس يهودي أو نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته، بمنزلة ما لو كان مجوسيًّا في الأصل، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَإِنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ عَمْدًا فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لا تُؤْكَلُ وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًا أُكِلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: أُكِلَ فِي الوَجْهَيْنِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لا يُؤْكَلُ فِي الوَجْهَيْنِ وَالمُسْلِمُ وَالكِتَابِيُّ فِي تَرْكِ التَّسْمِيَةِ سَوَاءٌ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا تَرَكَ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ إِرْسَالِ البَازِي وَالكَلْبِ، وَعِنْدَ الرَّمْيِ، وَهَذَا القَوْلُ مِنَ الشَّافِعِيِّ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لا خِلَافَ فِيمَنْ كَانَ قَبْلَهُ فِي حُرْمَةِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَإِنَّمَا الخِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا. فَمِنْ مَذْهَبِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُ يَحْرُمُ، وَمِنْ مَذْهَبِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَنَّهُ يَحِلُّ، بِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالمَشَايِخُ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: إِنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا لا يَسَعُ فِيهِ الاجْتِهَادُ، وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ لا يَنْفُذُ لِكَوْنِهِ مُخَالِفًا لِلْإِجْمَاعِ، لَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «المُسْلِمُ يَذْبَحُ عَلَى اسْمِ اللهِ تَعَالَى سَمَّى أَوْ لَمْ يُسَمِّ» وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلْحِلِّ لَمَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النِّسْيَانِ كَالطَّهَارَةِ فِي بَابِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا فَالمِلَّةُ أُقِيمَتْ مَقَامَهَا كَمَا فِي النَّاسِي، وَلَنَا الكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] الآيَةَ،

قوله: وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًا أُكِلَ، وكذا في الرمي، وإرسال آلة الصيد.

وفي «المبسوط»: ثم التسمية في الذبح يشترط عند القطع، وفي الاصطياد عند الإرسال والرمي؛ لأن التكليف بحسب الوسع.

قوله: وَلَنَا الكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]، ومطلق النهي يقتضي التحريم، وأكد ذلك بحرف (من)؛ لأنه في موضع النهي للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه على ما يذكر.

نَهْيٌ وَهُوَ لِلتَّحْرِيمِ. وَالإِجْمَاعُ وَهُوَ مَا بَيَّنَّا.

فإن قلتَ: لو تمسَّك الشافعي رحمه الله بحديث عائشة رضي الله عنها: «فإنَّها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن الأعراب يأتوننا بلحوم، فلا ندري أسمُّوا عليها أو لم يسمُّوا؟ فقال: سمُّوا أنتم وكلوا»، ولو كانت التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالأكل عند وقوع الشك فيها.

ولأن التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأمورًا بِها، وفي المأمورات لا فرق بين النسيان والعمد كقطع الحلقوم والأوداج، وكالتكبير والقراءة في الصلاة، وإنما يقع الفرق بين المزجوارت كالأكل والشرب في الصوم؛ لأن موجب النهي الانتهاء، والناسي يكون منتهيًا اعتقادًا، فأمَّا موجب الأمر الائتمار، والتارك ناسيًا أو عامدًا لا يكون هو مؤتمرًا.

ولأنه استصلاح للأكل، فكانت التسمية فيه ندبًا لا حتمًا كالطبخ والخبز، ثم فيما هو المقصود وهو الأكل التسمية ندب وليست بحتم، ففيما هو طريق إليه أوْلَى، والدليل عليه أنه تحل ذبائح اليهود والنصارى، فلو كانت التسمية شرطًا لما حل ذبائحهم؛ لأنَّهم وإن ذكروا اسم الله تعالى فإنما يريدون غير الله تعالى، وهو ما يعتقدونه معبودًا لهم؛ لأن النصارى يقولون: المسيح ابن الله، ونحن نتبرأ من إله له ولد.

قلتُ: أمَّا حديث عائشة رضي الله عنها فدليلنا؛ لأنَّها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية، فذلك دليل على أنه كان معروفًا عندهم أن التسمية من شرائط الحل، وإنما أمرها بالأكل بناءً على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمدًا، كمن اشترى لحمًا في سوق المسلمين يباح له التناول بناءً على الظاهر، وإن كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي.

وما ذكره من الفرق بين المأمور والمزجور غير معتبر؛ لأن الأكل في الصلاة مزجور، ثم سوى فيه النسيان والعمد، والجماع في الإحرام كذلك، ولكن متى اقترن بحاله ما يذكره كهيئة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان، ومتى لم يقترن بحاله ما يذكره يعذر بالنسيان كما في الصوم، وهاهنا لم يقترن بحاله ما يذكره، وقد يذبح الإنسان الطير وقلبه مشغول بشغل آخر فيترك التسمية ناسيًا.

وَالسُّنَّةُ وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ فِي آخِرِهِ «فَإِنَّك إنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبِ غَيْرِكَ» عَلَّلَ الحُرْمَةَ بِتَرْكِ التَّسْمِيَةِ.

وعليه يحمل الحديث: أنه ذابح على اسم الله تعالى إذا كان ناسيًا غير معرض، بدليل أنه ذكر في بعض الروايات: وإن تعمد لم يحل؛ وهذا لأن الملة إنما أقيمت مقام التسمية بالحديث، والحديث وردَ فيمن ذبح وترك التسمية ناسيًا فيقوم الملة مقامها في الناسي، وليس العامد بمنزلته، فلا يثبت حكم النص استدلالًا به، وإنما قلنا: أنه ليس بمنزلته؛ لأن المسلم يذبح على اسم الله تعالى، فإنه شرط وقد اعتقده، فإذا نسيه لم يوجد منه قصد الترك فبقيت الحالة الأصلية معتبرة له حكمًا، فأمَّا إذا تعمد الترك والإعراض والرد فلم يمكن إبقاؤها مع تحقق ما يردها منه حقيقةً، كالضيف إذا قدم إليه الطعام حل أكله بغير إذن لدلالة الحال، ولو قيل له: لا تأكل، لا يحل له.

وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]، ومطلق النهي يقتضي التحريم، وأكد ذلك بحرف (من) في موضع النهي للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه، ألا ترى أن من حالف فقال: والله لا آكل من هذا الطعام، فإنه يحنث بأكل القليل، ولو قال: من هذا الطعام، لا يحنث حتى يأكل الجملة.

والهاء في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]، إن كان كناية عن الأكل فالفسق أكل الحرام، وإن كان كناية عن المذبوح، فالمذبوح الذي يسمى فسقًا في الشرع يكون حرامًا كما قال الله تعالى: ﴿أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، وفي الآية بيان أن الحرمة لعدم ذكر اسم الله تعالى؛ لأن التحريم بوصف دليل على أن ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة، وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة وذبائح المشركين، فإن الحرمة هناك ليست لعدم ذكر اسم الله تعالى، حتى أنه وإن ذكر اسم الله تعالى لم يحل، وشيء من المعنى يشهد على أن التسمية من شرائط الحل، وأن ذبيحة الكتابي تحل، وذبيحة المجوسي لا تحل، وليس بينهما فرق يعقل معناه بالرأي سوى أن من يدعي التوحيد

وَمَالِكٌ يَحْتَجُّ بِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا، إِذْ لا فَصْلَ فِيهِ وَلَكِنَّا نَقُولُ: فِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ مِنَ الحَرَجِ مَا لا يَخْفَى، لِأَنَّ الإِنْسَانَ كَثِيرُ النِّسْيَانِ وَالحَرَجُ مَدْفُوعٌ وَالسَّمْعُ غَيْرُ مُجْرَى عَلَى ظَاهِرِهِ، إِذْ لَوْ أُرِيدَ بِهِ لَجَرَتِ المُحَاجَّةُ وَظَهَرَ الانْقِيَادُ وَارْتَفَعَ الخِلَافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ. وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ النَّاسِي وَهُوَ مَعْذُورٌ لا يَدُلُّ عَلَيْهَا فِي حَقِّ العَامِدِ

يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص، فبه يتبين أن التسمية من شرائط الحل، وإنما أمرنا ببناء الحكم في حق أهل الكتاب على ما يظهرون دون ما يضمرون، ألا ترى أن تسمية غير الله تعالى على سبيل التعظيم موجبة للحرمة لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، فلو اعتبرنا ما يضمرون لم تحل ذبيحتهم.

ثم إنما أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين؛ لأنَّهم كانوا يسمون آلهتهم عند الذبح، ومخالفتهم واجبة علينا، فالتسمية عند الذبح علينا واجبة أيضًا، بخلاف الطبخ والخبز، فإنَّهم ما كانوا يسمون عند ذلك، فالأمر بالتسمية عند ذلك ندب لذلك، هذا كله من «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَالسَّمْعُ غَيْرُ مُجْرَى عَلَى ظَاهِرِهِ، هذا جواب عن قول مالك رحمه الله، حيث يحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، ويقول: لا فصل في النص فيجري على ظاهره في اشتراط التسمية.

قوله: إِذْ لَوْ أُرِيدَ بِهِ لَجَرَتِ المُحَاجَّةُ وَظَهَرَ الانْقِيَادُ وَارْتَفَعَ الخِلَافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ، يعني: أن ابن عُمر رضي الله عنهما احتج بهذا النص على علي وابن عباس رضي الله عنهم، وهما ما رجعا إلى قوله بدلالة ظاهر هذا النص، عُلم بهذا أن هذا النص غير مجرى على ظاهره؛ إذ لو كان مجرى على ظاهره لارتفع الخلاف بسبب ظاهر هذه الآية، والدليل على ذلك عدم ظهور الانقياد.

قوله: وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ النَّاسِي، إلى آخره، جواب عن قول الشافعي رحمه الله، أي: إقامة الملة مقام التسمة في حق الناسي لا في حق العامد؛ لما أن الناسي معذور والعامد لا،

وَلا عُذْرَ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ النِّسْيَانِ، ثُمَّ التَّسْمِيَةُ فِي ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهِيَ عَلَى المَذْبُوحِ. وَفِي الصَّيْدِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ وَهِيَ عَلَى الآلَةِ؛ لِأَنَّ المَقْدُورَ لَهُ فِي الأَوَّلِ الذَّبْحُ وَفِي الثَّانِي الرَّمْيُ وَالإِرْسَالُ دُونَ الإِصَابَةِ فَتُشْتَرَطُ عِنْدَ فِعْلٍ يَقْدِرُ عَلَيْهِ، حَتَّى إِذَا أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى فَذَبَحَ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لا يَجُوزُ. وَلَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ وَسَمَّى وَأَصَابَ غَيْرَهُ حَلَّ، وَكَذَا فِي الإِرْسَالِ، وَلَوْ أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى ثُمَّ رَمَى بِالشَّفْرَةِ وَذَبَحَ بِالأُخْرَى أُكِلَ، وَلَوْ سَمَّى عَلَى سَهْمٍ ثُمَّ رَمَى بِغَيْرِهِ صَيْدًا لا يُؤْكَلُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَى شَيْئًا غَيْرَهُ. وَأَنْ يَقُولَ عِنْدَ الذَّبْحِ: اَللّٰهُمَّ

والفرق بين المعذور وغير المعذور أصل في الشرع في الذبح وغير الذبح، ألا ترى أن في اعتبار الذبح في المذبح يفصل بين المعذور وغيره، وفي الأكل في الصوم تفصيل بين الناسي والعامد.

وفي «المبسوط»: وذبيحة الأخرس حلال مسلمًا كان أو كتابيًّا؛ لأن عذره أبين من عذر الناسي، فإذا كان في حق الناسي تقام ملته مقام تسمية ففي حق الأخرس أَوْلَى.

قوله: ثُمَّ التَّسْمِيَةُ فِي ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ تُشْتَرَطُ، وفي «التحفة»: ينبغي أن يريد بالتسمية التسمية على الذبيحة، أمّا لو أراد التسمية عند افتتاح العمل لا يحل.

قوله: لِأَنَّ المَقْدُورَ لَهُ فِي الأَوَّلِ، أي: في ذكاة الاختيار، فيشترط عند فعل يقتدر عليه؛ وهذا لأن التسمية تقترن بفعله، والقطع من فعله، وفي الاصطياد فعله الإرسال والرمي.

قوله: فَذَبَحَ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لا يَجُوزُ؛ لأن التسمية كانت على الأول.

قوله: وَأَصَابَ غَيْرَهُ حَلَّ؛ لأن التسمية هنا على الآلة، وهي لم تتبدل.

قوله: وَذَبَحَ بِالأُخْرَى - أي: بشفرة أخرى - **أُكِلَ**؛ لأن التسمية على الذبيحة لا على الآلة، والذبيحة لم تتبدل.

تَقَبَّلْ مِنْ فُلَانٍ) وَهَذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: إِحْدَاهَا أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا لَا مَعْطُوفًا فَيُكْرَهُ وَلَا تَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ. وَهُوَ الْمُرَادُ بِمَا قَالَ. وَنَظِيرُهُ أَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللهِ. لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لَمْ تُوجَدْ فَلَمْ يَكُنِ الذَّبْحُ وَاقِعًا لَهُ. إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِوُجُودِ الْقِرَانِ صُورَةً فَيُتَصَوَّرُ بِصُورَةِ الْمُحَرَّمِ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا عَلَى وَجْهِ الْعَطْفِ وَالشَّرِكَةِ بِأَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ وَاسْمِ فُلَانٍ، أَوْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ وَفُلَانٍ. أَوْ بِاسْمِ اللهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولِ اللهِ بِكَسْرِ الدَّالِ فَتَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ لِأَنَّهُ أَهَلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ. وَالثَّالِثَةُ أَنْ يَقُولَ مَفْصُولًا عَنْهُ صُورَةً وَمَعْنًى بِأَنْ يَقُولَ قَبْلَ التَّسْمِيَةِ وَقَبْلَ أَنْ يُضْجِعَ الذَّبِيحَةَ أَوْ بَعْدَهُ، وَهَذَا لَا بَأْسَ بِهِ لِمَا رُوِيَ عَنِ «النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ الذَّبْحِ اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ

قوله: وَهَذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ، ففي الأولى تكره الذبيحة من غير تحريم، وفي الثانية تحرم، وفي الثالثة حلال.

قوله: وَنَظِيرُهُ أَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللهِ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إن قال بالرفع يحل، وإن قال بالخفض لا يحل، هكذا ذكره في «النوازل»، قال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو، وقال بعضهم: على قياس ما رُوي عن محمد رحمه الله أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبَرًا في باب الصلاة ونحوها لا تحرم الذبيحة، كذا في «الذخيرة».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ذكر اسم الله تعالى واسم الرسول موصولًا بغير واو، فهذا على أوجه: إمَّا أن ينصب محمدًا، أو يخفضه، أو يرفعه، وفي كلها يحل؛ لأن اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدئًا، لكن يكره لوجود الوصول صورةً، وإن ذكر مع الواو إن خفضه لا يحل؛ لأنه يصير ذابحًا بهما، وإن رفعه يحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه، وعلى هذا القياس لو ذكر اسمًا آخر مع اسم الله تعالى.

قوله: لِمَا رُوِيَ «عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ الذَّبْحِ: اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ هَذِهِ عَنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ، وذكر في «المبسوط»: ولا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره، إذا أراد أن يدعوَ

هَذِهِ عَنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ مِمَّنْ شَهِدَ لَكَ بِالوَحْدَانِيَّةِ وَلِيَ بِالبَلَاغِ» وَالشَّرْطُ هُوَ الذِّكْرُ الخَالِصُ المُجَرَّدُ عَلَى مَا قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - جَرِّدُوا التَّسْمِيَةَ حَتَّى لَوْ قَالَ عِنْدَ الذَّبْحِ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي لا يَحِلُّ لِأَنَّهُ دُعَاءٌ وَسُؤَالٌ، وَلَوْ قَالَ الحَمْدُ لِلَّهِ أَوْ سُبْحَانَ اللهِ يُرِيدُ التَّسْمِيَةَ حَلَّ، وَلَوْ عَطَسَ عِنْدَ الذَّبْحِ فَقَالَ الحَمْدُ لِلَّهِ لا يَحِلُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ الحَمْدَ عَلَى نِعَمِهِ دُونَ التَّسْمِيَةِ. وَمَا تَدَاوَلَتْهُ الأَلْسُنُ

فيقول: تقبل من فلان، ينبغي أن يقدم ذلك على فعل الذبح، أو يؤخر عنه، فأمَّا مع الجرِّ فلا يذكر غير اسم الله تعالى، وهو تأويل الحديث: «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ضحى عن أمته فقال: هذا عمن شهد لي بالبلاغ إلى يوم القيامة»، إنما قال بعد الذبح لا معه.

قولـه: لِأَنَّهُ دُعَاءٌ وَسُؤَالٌ؛ وذلك لأن الشرط تسمية الله تعالى على الخلوص عند الذبح، وما يكون من الدعاء ينبغي أن يكون قبل الذبح أو بعده، كما رُوي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يذبح أضحيته قال: اللَّهم هذا منك ولك، صلاتِي ونُسُكي ومحيايَ ومماتِي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرتُ وأنا من المسلمين، باسم الله والله أكبر»، ثم ذبح، وهكذا عن علي رضي الله عنه.

قولـه: وَلَوْ قَالَ الحَمْدُ لِلَّهِ أَوْ سُبْحَانَ اللهِ يُرِيدُ التَّسْمِيَةَ حَلَّ، فعلى هذا يفرق أبو يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير فيقول: المأمور به هاهنا الذكر، قال الله تعالى: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّۖ﴾ [الحج: ٣٦]، وهناك المأمور به التكبير، وبهذه الألفاظ لا يكون مكبِّرًا فلا يصير شارعًا في الصلاة إذا كان يحسن التكبير، كل هذا في ذبائح «المبسوط».

قولـه: وَلَوْ عَطَسَ عِنْدَ الذَّبْحِ فَقَالَ الحَمْدُ لِلَّهِ لا يَحِلُّ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين الخطبة يوم الجمعة على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإنه إذا عطس الخطيب فقال: الحمد لله، إنه يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر في إحدى الروايتين، ذكره في ذبائح «المبسوط».

قلتُ: ذكر جوابه هناك أيضـًا فقال: لأن المأمور به هناك ذكر الله تعالى مطلقًا؛ لقوله

عِنْدَ الذَّبْحِ وَهُوَ قَوْلُهُ بِاسْمِ اللهِ وَاللهُ أَكْبَرُ مَنْقُولٌ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ [الحج: ٣٦].

قَالَ: (وَالذَّبْحُ بَيْنَ الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لا بَأْسَ بِالذَّبْحِ فِي الحَلْقِ كُلِّهِ وَسَطِهِ وَأَعْلاهُ وَأَسْفَلِهِ، وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ»؛ وَلِأَنَّهُ مَجْمَعُ المَجْرَى وَالعُرُوقِ فَيَحْصُلُ بِالفِعْلِ فِيهِ إِنْهَارُ الدَّمِ

تعالى: ﴿فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩]، وهنا المأمور به ذكر الله تعالى على الذبح، وبمعرفة حدود كلام الشرع يحسن الفقه.

قوله: بِاسْمِ اللهِ وَاللهُ أَكْبَرُ مَنْقُولٌ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وذكر في ذبائح «الذخيرة»: قال البقالي: والمستحب أن يقول: باسم الله والله أكبر، ثم قال: وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: المستحب أن يقول: باسم الله الله أكبر، بدون الواو، قال: ومع الواو يكره؛ لأنه يقطع فور التسمية.

قوله: وَالذَّبْحُ بَيْنَ الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ، الحلق: (پاى گلو)، واللبة: المنحر من الصدر.

وفي «المبسوط»: الذكاة ما بين اللبة واللحيين، وهكذا لفظ الحديث، رواه ابن المسيب، والمراد: بيان محل الذكاة عند الاختيار، وفيه دليل على أن أعلى الحلق وأوسطه وأسفله في ذلك سواء؛ لأن الكل في المعنى المطلوب في الذكاة سواء، كذا في صيد «المبسوط».

وقوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لا بَأْسَ بِالذَّبْحِ فِي الحَلْقِ كُلِّهِ وَسَطِهِ وَأَعْلاهُ وَأَسْفَلِهِ، وإنما أعاد لفظ «الجامع الصغير»؛ لأن بين روايتي «المبسوط»، و«الجامع الصغير» اختلافاً من حيث الظاهر؛ لأن رواية «المبسوط» تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة؛ لأنه وإن كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين فيحل.

ورواية «الجامع الصغير» تقتضي أن لا يحل؛ لأن على روايته محل الذبح الحلق، فلمّا وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز، فكانت رواية «الجامع الصغير»

عَلَى أَبْلَغِ الوُجُوهِ فَكَانَ حُكْمُ الكُلِّ سَوَاءً.

قَالَ: (وَالعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةٌ: الحُلْقُومُ، وَالمَرِيءُ، وَالوَدَجَانِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ» وَهِيَ اسْمُ جَمْعٍ وَأَقَلُّهُ الثَّلَاثُ فَيَتَنَاوَلُ المَرِيءَ وَالوَدَجَيْنِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الِاكْتِفَاءِ بِالحُلْقُومِ وَالمَرِيءِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَطْعُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ إِلَّا بِقَطْعِ الحُلْقُومِ فَيَثْبُتُ قَطْعُ الحُلْقُومِ

مقيدة لإطلاق رواية «المبسوط»، فكان المراد من إطلاق رواية «المبسوط» بأن الذكاة ما بين اللبة واللحيين المقيد، وهو أن تقع الذكوة في الحلق بعد أن يكون ما بين اللبة واللحيين.

وقد صرح في ذبائح «الذخيرة»: بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل، فقال: وفي «فتاوى أهل سمرقند»: قصاب ذبح الشاة في ليلةٍ مظلمةٍ فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح؛ لأن المذبح هو الحلقوم.

ولكن ما ذكر من رواية الإمام الرستغفني رحمه الله يخالف هذه الرواية حيث قال: سُئِل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم ممَّا يلي الصدر، وكان يجب أن يبقي ممَّا يلي الرأس أيؤكل أم لا؟ قال: هذا قول العوام من الناس وليس هو بمعتبر، ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة ممَّا يلي الرأس أو ممَّا يلي الصدر؛ لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج.

وقد وجد شيخي رحمه الله كان يفتي بِهذه الرواية، وكان يقول: والإمام الرستغفني هذا رحمه الله إمام معتمد في القول والعمل، فلو أخذنا يوم القيامة بسبب العمل بِهذه الرواية نحن نأخذه أيضـًا كما أخذنا، والله تعالى أعلم.

قوله: وَهِيَ اسْمُ جَمْعٍ وَأَقَلُّهُ الثَّلَاثُ، فإن قلتَ: هذا تمسك على خلاف رواية الأصول في النفي والإثبات، فإن الجمع المحلى بالألف واللام حكمه حكم المفرد، ولا يبقى له حكم الجمع كما في قوله تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [الأحزاب: ٥٢]، وفي قول من قال: لا أشتري العبيد، وكذلك في الإثبات نحو قوله صلى الله عليه وسلم: «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ»، فقال في الشهادات من الكتاب: وَالجَمْعُ المُحَلَّى

بِاقْتِضَائِهِ، وَبِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا يَحْتَجُّ مَالِكٌ وَلَا يُجَوِّزُ الأَكْثَرَ مِنْهَا بَلْ يَشْتَرِطُ قَطْعَ جَمِيعِهَا (وَعِنْدَنَا إِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الأَكْلُ، وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالَا: لا بُدَّ مِنْ قَطْعِ الحُلْقُومِ وَالمَرِيءِ وَأَحَدِ الوَدَجَيْنِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَكَذَا ذَكَرَ القُدُورِيُّ الِاخْتِلَافَ فِي مُخْتَصَرِهِ. وَالمَشْهُورُ فِي كُتُبِ مَشَايِخِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَحْدَهُ. وَقَالَ فِي الجَامِعِ

بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الأَقَلَّ، وهو شهادة امرأة واحدة؟

قلتُ: نعم كذلك إلا أنه قد يراد به الجمع على حقيقته أيضًا كما في قول المرأة لزوجها: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، ينصرف إلى الثلاث، وكذلك في الإقرار والوصية بهذه الصيغة على ما ذكرنا، ثم لمَّا كان الأمر كذلك أعني: أنه يراد به الجمع مرَّة، ويراد به الأقل وهو الواحد مرَّة، حمل هاهنا على الجمع عملًا بالاحتياط في موضع الحرمة، وفي موضع النفي من اليمين وغيره الاحتياط في العمل بالأقل.

وكذلك في شهادة النساء في الموضع الذي لا يستطيع الرجال النظر إليه الاحتياط في قلة النظر، فحمل على الأقل لذلك، وأمَّا هاهنا فالاحتياط في العمل بالجمع؛ وهذا لأن الجمع وهو الأوداج على طريق التغليب للحلقوم، والمريء، والودجين لم يكن نظير سائر المجموع من العبيد والنساء؛ لما أن أفرادها ليس بمتحدة، فكان كل واحدٍ منهما مرادًا عند دخول الألف واللام أيضًا، بخلاف سائر الجموع.

قوله: وَالمَشْهُورُ فِي كُتُبِ أَصْحَابِنَا أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَحْدَهُ، يعني: لا قول محمد رحمه الله معه كما ذكره القدوري رحمه الله؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: ثم تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمريء والودجين، فإن قطع الأكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع في الحل، لحصول المقصود بالأكثر من ذلك.

واختلف الروايات في تفسير ذلك، فروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إذا

الصَّغِيرِ: إنْ قَطَعَ نِصْفَ الحُلْقُومِ وَنِصْفَ الأَوْدَاجِ لَمْ يُؤْكَلْ. وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَ الأَوْدَاجِ وَالحُلْقُومَ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ أُكِلَ. وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا فَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِيهِ. وَالحَاصِلُ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذَا قَطَعَ الثَّلَاثَ: أَيَّ ثَلَاثٍ كَانَ يَحِلُّ، وَبِهِ كَانَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ أَوَّلًا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرْنَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَعْتَبِرُ أَكْثَرَ كُلِّ فَرْدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، لِأَنَّ كُلَّ فَرْدٍ مِنْهَا أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لِانْفِصَالِهِ عَنْ غَيْرِهِ وَلِوُرُودِ الأَمْرِ بِفَرْيِهِ فَيُعْتَبَرُ أَكْثَرُ كُلِّ فَرْدٍ مِنْهَا. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ قَطْعِ الوَدَجَيْنِ إِنْهَارُ الدَّمِ فَيَنُوبُ أَحَدُهُمَا عَنِ الآخَرِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْرَى الدَّمِ. أَمَّا الحُلْقُومُ فَيُخَالِفُ المَرِيءَ فَإِنَّهُ مَجْرَى العَلَفِ وَالمَاءِ، وَالمَرِيءُ مَجْرَى

قطع ثلاثـًا منها أيّ ثلاث كان فقد قطع الأكثر، وعن محمد رحمه الله قال: إن قطع الأكثر من كل واحدة منها فذلك يقوم مقام قطع الجميع، فأمَّا بدون ذلك يتوهم البقاء فلا تتم الذكاة، وعن أبي يوسف رحمه الله قال: إن قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين حل، فشرط ثلاثة منها: الحلقوم والمريء؛ لأن الحلقوم مجرى العلف، والمريء مجرى النفس، والودجين مجرى الدم، فبقطع أحد الودجين يحصل ما هو المقصود من تسييل الدم، فأمَّا قطع مجرى العلف ومجرى النفس فلا بدَّ منه، ولا يقوم غيره مقامه في ذلك.

فالشافعي رحمه الله يقول: إذا قطع الحلقوم والمريء حل وإن لم يقطع الودجين؛ لأنه لا بقاء مع قطع الحلقوم والمريء، ولكن هذا فاسد؛ لأن المقصودَ تسييل الدم النجس، وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل.

وقوله: أَمَّا الحُلْقُومُ فَيُخَالِفُ المَرِيءَ فَإِنَّهُ مَجْرَى العَلَفِ وَالمَاءِ، وَالمَرِيءُ مَجْرَى النَّفَسِ، قيل: هذا عكس، بل الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى العلف، وهكذا في «الأيضاح».

وذكر في «المغرب»: المريء مجرى الطعام والشراب، وذكر في «تاج الأسامي»: المريء: (راه گذر نان وآب)، ولمَّا كان المريء هكذا كان الحلقوم متعينًا لغيره وهو النفس.

النَّفَسِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَطْعِهِمَا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَكْثَرَ يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِنَ الأَحْكَامِ، وَأَيَّ ثَلَاثٍ قَطَعَهَا فَقَدْ قَطَعَ الأَكْثَرَ مِنْهَا وَمَا هُوَ المَقْصُودُ يَحْصُلُ بِهَا هُوَ إِنْهَارُ الدَّمِ المَسْفُوحِ وَالتَّوْحِيَةُ فِي إِخْرَاجِ الرُّوحِ؛ لِأَنَّهُ لا يَحْيَا بَعْدَ قَطْعِ مَجْرَى النَّفَسِ أَوِ الطَّعَامِ، وَيَخْرُجُ الدَّمُ بِقَطْعِ أَحَدِ الوَدَجَيْنِ فَيُكْتَفَى بِهِ تَحَرُّزًا عَنْ زِيَادَةِ التَّعْذِيبِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ؛ لِأَنَّ الأَكْثَرَ بَاقٍ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ شَيْئًا احْتِيَاطًا لِجَانِبِ الحُرْمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِالظُّفُرِ وَالسِّنِّ وَالقَرْنِ إِذَا كَانَ مَنْزُوعًا حَتَّى لا يَكُونَ بِأَكْلِهِ بَأْسٌ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ هَذَا الذَّبْحُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: المَذْبُوحُ مَيْتَةٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ مَا خَلَا الظُّفُرُ وَالسِّنُّ فَإِنَّهُمَا مُدَى

وقوله تعالى: ﴿فَلَوْلَآ إِذَا بَلَغَتِ ٱلْحُلْقُومَ ﴿٨٣﴾﴾ [الواقعة: ٨٣]، يؤيد ما ذكره في «الإيضاح».

يقال: وحاه توحية، أي: عجَّله، والتوحية: تفعيل من الوحى بالقصر والمد وهو السرعة، ومنه: موت وَحِيٌّ، وذَكاةٌ وَحْيَةٌ، أي: سريعة، ووحى الذبيحة إذا ذبحها ذبحًا وحيًا، ولا يقال: أوحَى.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ، أي: نصف الأربعة وهو الاثنان من هذه العروق حيث لا يحل أكله، وهو متعلق **بقوله: فَيُكْتَفَى بِهِ**.

قوله: لِأَنَّ الأَكْثَرَ بَاقٍ، أي: أكثر المرخص وهو الثلاث باق، فإن الاثنين لمَّا كانا باقيين كان أكثر المرخص باقيًا فلا يجوز أكله.

أو نقول: لمَّا كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الأكثر، كذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: كُلُّ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ، قال أبو عبيدة: صوابه: كل ما أفرى الأوداج

الحَبَشَةِ»؛ وَلِأَنَّهُ فِعْلٌ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلَا يَكُونُ ذَكَاةً كَمَا إِذَا ذُبِحَ بِغَيْرِ المَنْزُوعِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنْهِرِ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ» وَيُرْوَى «أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ» وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ المَنْزُوعِ فَإِنَّ الحَبَشَةَ كَانُوا يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، وَلِأَنَّهُ آلَةٌ جَارِحَةٌ فَيَحْصُلُ بِهِ مَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ إِخْرَاجُ الدَّمِ وَصَارَ كَالحَجَرِ وَالحَدِيدِ، بِخِلَافِ غَيْرِ المَنْزُوعِ؛ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ بِالثِّقَلِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى المُنْخَنِقَةِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ؛ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِعْمَالَ جُزْءِ الآدَمِيِّ وَلِأَنَّ فِيهِ إِعْسَارًا عَلَى الحَيَوَانِ وَقَدْ أُمِرْنَا فِيهِ بِالإِحْسَانِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِاللِّيطَةِ وَالمَرْوَةِ وَكُلِّ شَيْءٍ أَنْهَرَ الدَّمَ إِلَّا السِّنَّ القَائِمَ وَالظُّفُرَ

غير مترد، والمعنى: كل شيء أفرى الأوداج من عود أو ليطة أو حجر فهو ذكي غير مترد، والتردي: أن يذبح بشيءٍ لا حد له فلا ينهر الدم، كذا وجدتُ بخط الشيخ الإمام الزرنوخي رحمه الله، ولكن المسموع بالتخفيف بصيغة الأمر، والدليل على هذا حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه قال: «أرأيتَ يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إن صاد أحدنا صيدًا وليس معه سكين، فذبحه بشقِّ عصـًا، أو بالمروة أيحل ذلك؟ فقال: أنهر الدم بما شئتَ»، كذا في «المبسوط».

ومعنى قوله: كُلُّ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ، أي: كل ما تحقق في حقه إنْهار الدم وإفراء الأوداج.

وذكر في «المغرب»: والفرق بين الإفراء والفري: أن الإفراء قطع للإفساد وشق، كما يفري الذابح والسبُع، والفري: قطع للإصلاح، كما يفري الجزاز الأديمَ، وقد جاء بمعنى أفرى أيضـًا إلا أنه لم يسمع به في الحديث.

قوله: بِخِلَافِ غَيْرِ المَنْزُوعِ؛ لأنه قطع وتخنيق وليس بذبح، ففي الذبح الانقطاع بحدة الآلة؛ ولأن آلة الذبح غير الذابح، وسنُّه وظفره منه.

قوله: وَقَدْ أُمِرْنَا فِيهِ بِالإِحْسَانِ، وهو فيما قاله النبي صلى الله عليه وسلم: «فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة»، الحديث، هذا كله من «المبسوط».

لِيطَة القصب: قشره.

القَائِمَ) فَإِنَّ المَذْبُوحَ بِهِمَا مَيْتَةٌ لِمَا بَيَّنَّا، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَى أَنَّهَا مَيْتَةٌ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ نَصًّا. وَمَا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا يَحْتَاطُ فِي ذَلِكَ، فَيَقُولُ فِي الحِلِّ لا بَأْسَ بِهِ وَفِي الحُرْمَةِ يَقُولُ يُكْرَهُ أَوْ لَمْ يُؤْكَلْ.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحِدَّ الذَّابِحُ شَفْرَتَهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «إِنَّ اللهَ تَعَالَى كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ» وَيُكْرَهُ أَنْ يُضْجِعَهَا ثُمَّ يُحِدَّ الشَّفْرَةَ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا أَضْجَعَ شَاةً وَهُوَ يُحِدُّ شَفْرَتَهُ فَقَالَ: لَقَدْ أَرَدْتَ أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، هَلَّا حَدَدْتَها قَبْلَ أَنْ تُضْجِعَهَا».

قَالَ: (وَمَنْ بَلَغَ بِالسِّكِّينِ النُّخَاعَ أَوْ قَطَعَ الرَّأْسَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ وَتُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ)، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: قَطَعَ مَكَانَ بَلَغَ. وَالنُّخَاعُ عِرْقٌ أَبْيَضُ فِي عَظْمِ الرَّقَبَةِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: لِأَنَّهُ يُقْتَلُ بِالثِّقَلِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى المُنْخَنِقَةِ.

قوله: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحِدَّ الذَّابِحُ شَفْرَتَهُ، وفي «الإيضاح»: وإذا كانت الآلة كليلة وهي تقطع فإنه يكره؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك فقال: «وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ».

قوله: لَقَدْ أَرَدْتَ أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، هَلَّا حَدَدْتَها قَبْلَ أَنْ تُضْجِعَهَا، فإن قلتَ: إماتها موتاتٍ إنما تكون عند إحداد الشفرة إذا علم المقصود بالذبح بأنه إنما يحد الشفرة للذبح، فالشاة أو البقر فيما نحن فيه لا يعلم أنه يذبحها؛ لأنه لا عقل لها فكيف يكون هذا موتات؟

قلتُ: نعم كذلك إلا أنه ذكر في «المبسوط» في هذه المسألة: أنَّها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر: «أبهمت البهائم إلا عن أربعة: خالقها، ورازقها، وحتفها، وسفادِها»، فإذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة إيلام غير محتاج إليه.

النُّخَاع: خيط أبيض في جوف عظم الرقبة ممتدٌّ إلى الصلب، والفتح والضم لغة في الكسر،

فَلِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ نَهَى أَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ إِذَا ذُبِحَتْ» وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ: أَنْ يَمُدَّ رَأْسَهُ حَتَّى يَظْهَرَ مَذْبَحُهُ، وَقِيلَ أَنْ يَكْسِرَ عُنُقَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْكُنَ مِنَ الِاضْطِرَابِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ وَفِي قَطْعِ الرَّأْسِ زِيَادَةَ تَعْذِيبِ الحَيَوَانِ بِلَا فَائِدَةٍ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ.

وَالحَاصِلُ أَنَّ مَا فِيهِ زِيَادَةَ إِيلَامٍ لا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الذَّكَاةِ مَكْرُوهٌ. وَيُكْرَهُ أَنْ يَجُرَّ مَا يُرِيدُ ذَبْحَهُ بِرِجْلِهِ إِلَى المَذْبَحِ، وَأَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ: يَعْنِي تَسْكُنَ مِنَ الِاضْطِرَابِ، وَبَعْدَهُ لا أَلَمَ فَلَا يُكْرَهُ النَّخْعُ وَالسَّلْخُ، إِلَّا أَنَّ الكَرَاهَةَ لِمَعْنًى زَائِدٍ وَهُوَ زِيَادَةُ الأَلَمِ قَبْلَ الذَّبْحِ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ فَلِهَذَا قَالَ: تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ.

قَالَ: (فَإِنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِنْ قَفَاهَا فَبَقِيَتْ حَيَّةً حَتَّى قَطَعَ العُرُوقَ حَلَّ) لِتَحَقُّقِ المَوْتِ بِمَا هُوَ ذَكَاةٌ، وَيُكْرَهُ؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ الأَلَمِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا جَرَحَهَا ثُمَّ قَطَعَ الأَوْدَاجَ (وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ قَطْعِ العُرُوقِ لَمْ تُؤْكَلْ) لِوُجُودِ المَوْتِ بِمَا لَيْسَ بِذَكَاةٍ فِيهَا.

قَالَ: (وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ الذَّبْحُ، وَمَا تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فَذَكَاتُهُ العَقْرُ

ومن قال: هو عرق، فقد سها، إنما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا، ومنه: نخعَ الشاة: إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع، فالنخع أبلغ من البخع، والنخاع بالفارسية: (مغز پُشت مهره).

قوله: نَهَى عَنْ أَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ، النخع نخاع (بريد در كشتن).

قوله: وَيُكْرَهُ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ الأَلَمِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ، وكذلك لو ضربها بالسيف فأبان رأسها حلت ويكره، وكذلك إن لو ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن يكره ذلك؛ لأن السنة في الذبح استقبال القبلة، هكذا رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي صلى الله عليه

وَالجُرْحُ)؛ لِأَنَّ ذَكَاةَ الِاضْطِرَارِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالعَجْزُ مُتَحَقِّقٌ فِي الوَجْهِ الثَّانِي دُونَ الأَوَّلِ (وَكَذَا مَا تَرَدَّى مِنَ النَّعَمِ فِي بِئْرٍ وَوَقَعَ العَجْزُ عَنْ ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ) لِمَا بَيَّنَّا. وَقَالَ مَالِكٌ: لا يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَادِرٌ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: المُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ العَجْزِ وَقَدْ تَحَقَّقَ فَيُصَارُ إِلَى البَدَلِ، كَيْفَ وَإِنَّا لا نُسَلِّمُ النُّدْرَةَ بَلْ هُوَ غَالِبٌ. وَفِي الكِتَابِ أَطْلَقَ فِيمَا تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الشَّاةَ

وسلم استقبل بأضحيته القبلة لمَّا أراد ذبحها»، كذا في «المبسوط».

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، أي: في أول الذبائح وهو قوله: والثاني كالبدل من الأول، إلى آخره.

قوله: وَكَذَا مَا تَرَدَّى، أي: فذكاته العقر والجرح أيضاً.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّ ذَكَاةَ الِاضْطِرَارِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ العَجْزِ، وهذا الذي ذكره فيما إذا علم أن المتردي ماتَ من عقره وجرحه.

وفي «الذخيرة»: بغير تردي في بئر فوجأه وَجْأَةً، يعلم أنه لا يموت منها فماتَ لا يؤكل، وإن كان مشكلًا أُكِلَ.

وفي «النوادر»: دجاجة رجل تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها فرماها قال: إن كان يخاف فوتها تؤكل، وإن كان لا يخاف فوتها لا تؤكل.

وفي «النوازل»: إن بقرة تعسرت عليها الولادة فأدخل صاحبها يده، وذبح الولد حلَّ أكله، وإن جرحه في غير موضع الذبح إن كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضًا، وإن كان يقدر لا يحل.

قوله: فِي الوَجْهَيْنِ، وهما المتوحش والمتردي.

قوله: وَفِي الكِتَابِ، أي: القدوري.

إِذَا نَدَّتْ فِي الصَّحْرَاءِ فَذَكَاتُهَا العَقْرُ، وَإِنْ نَدَّتْ فِي المِصْرِ لا تَحِلُّ بِالعَقْرِ؛ لِأَنَّهَا لا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا فَيُمْكِنُ أَخْذُهَا فِي المِصْرِ فَلَا عَجْزَ، وَالمِصْرُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ فِي البَقَرِ وَالبَعِيرِ؛ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِمَا، وَإِنْ نَدَّا فِي المِصْرِ فَيَتَحَقَّقُ العَجْزُ، وَالصَّيَالُ كَالنَّدِّ إِذَا كَانَ لا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ، حَتَّى لَوْ قَتَلَهُ المَصُولُ عَلَيْهِ وَهُوَ يُرِيدُ الذَّكَاةَ حَلَّ أَكْلُهُ.

قَالَ: (وَالمُسْتَحَبُّ فِي الإِبِلِ النَّحْرُ، فَإِنْ ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ. وَالمُسْتَحَبُّ فِي البَقَرِ وَالغَنَمِ الذَّبْحُ فَإِنْ نَحَرَهُمَا جَازَ وَيُكْرَهُ) أَمَّا الِاسْتِحْبَابُ فَلِمُوَافَقَةِ السُّنَّةِ المُتَوَارَثَةِ وَلِاجْتِمَاعِ العُرُوقِ فِيهَا فِي المَنْحَرِ وَفِيهِمَا فِي المَذْبَحِ، وَالكَرَاهَةُ لِمُخَالَفَةِ السُّنَّةِ وَهِيَ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ فَلَا تَمْنَعُ الجَوَازَ وَالحِلَّ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مَالِكٌ إِنَّهُ لا يَحِلُّ.

قَالَ: (وَمَنْ نَحَرَ نَاقَةً أَوْ ذَبَحَ بَقَرَةً فَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا جَنِينًا مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ أَشْعَرَ

قوله: وَالمُسْتَحَبُّ فِي الإِبِلِ النَّحْرُ، وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر، والذبح: قطع العروق في أعلى العنق تحت اللحيين.

وذكر في «المبسوط»: وإن نحر البقرة حلت ويكره ذلك؛ لما أن السنة في البقرة الذبح، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تَذۡبَحُواْ بَقَرَةٗ﴾ [البقرة: ٦٧]، بخلاف الإبل فإن السنة فيها النحر؛ وهذا لأن موضع النحر من البعير لا لحم عليه، وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ فكان النحر في الإبل أسهل، فأمّا في البقر فأسفل الحلق وأعلاه سواء في اللحم عليه سواء كما في الغنم فالذبح فيه أيسر، والمقصود به تسييل الدم، والعروق من أسفل الحلق إلى أعلاه فالمقصود به يحصل بالقطع في أي موضع كان منه، فلهذا حل.

قوله: وَهِيَ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ، أي: الكراهة لمعنى في غير الذبح وهو ترك السنة.

أَشْعَرَ الجنين: أي: نبتَ شعره، مثل أعشب المكان.

أَوْ لَمْ يُشْعِرْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِذَا تَمَّ خَلْقُهُ أُكِلَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ذَكَاةُ الجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ» وَلِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الأُمِّ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا حَتَّى يُفْصَلَ بِالمِقْرَاضِ وَيَتَغَذَّى بِغِذَائِهَا وَيَتَنَفَّسُ بِتَنَفُّسِهَا، وَكَذَا حُكْمًا حَتَّى يَدْخُلَ فِي البَيْعِ الوَارِدِ عَلَى الأُمِّ وَيُعْتَقَ بِإِعْتَاقِهَا. وَإِذَا كَانَ جُزْءًا مِنْهَا فَالجُرْحُ فِي الأُمِّ ذَكَاةٌ لَهُ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ ذَكَاتِهِ كَمَا فِي الصَّيْدِ.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِذَا تَمَّ خَلْقُهُ أُكِلَ، وفي «الذخيرة» محالًا إلى «المنتقى»: قال محمد رحمه الله في الجنين إذا لم يتم خلقه: لا يؤكل، وإن تم أكل، أشعر أو لم يشعر.

وفي «النوازل»: رجل له شاة حامل فأراد ذبحها، إن تقارب الولادة يكره ذبحها؛ لأن فيه تضييعـًا لما في بطنها من غير فائدة، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وفيه أيضًا: الجنين إذا خرج حيًّا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يؤكل، وهذا التفريع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي «المبسوط»: وقال أبويوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يؤكل، إلا أنه رُوي عن محمد رحمه الله أنه قال: إنما يؤكل الجنبين إذا أشعر وتمَّت خلقته، فأمَّا قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلۡأَنۡعَٰمِ حَمُولَةٗ وَفَرۡشٗاۚ﴾ [الأنعام: ١٤٢]، وقيل: الفرش: الصغار من الأجنة، والحمولة: الكبار، فقد منَّ الله تعالى على عباده بإباحة أكل ذلك لهم.

وفي المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ذَكَاةُ الجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ»، معناه: ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين، كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وبيع الوصي بيع اليتيم.

قوله: فَالجُرْحُ فِي الأُمِّ ذَكَاةٌ لَهُ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ ذَكَاتِهِ كَمَا فِي الصَّيْدِ، يعني: أن الذكاة

وَلَهُ أَنَّهُ أَصْلٌ فِي الحَيَاةِ حَتَّى تُتَصَوَّرَ حَيَاتُهُ بَعْدَ مَوْتِهَا وَعِنْدَ ذَلِكَ يُفْرَدُ بِالذَّكَاةِ، وَلِهَذَا يُفْرَدُ بِإِيجَابِ الغُرَّةِ وَيُعْتَقُ بِإِعْتَاقٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ، وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لَهُ وَبِهِ، وَهُوَ حَيَوَانٌ دَمَوِيٌّ، وَمَا هُوَ المَقْصُودُ مِنَ الذَّكَاةِ وَهُوَ المَيْزُ بَيْنَ الدَّمِ وَاللَّحْمِ لا يَتَحَصَّلُ بِجُرْحِ الأُمِّ، إِذْ هُوَ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِخُرُوجِ الدَّمِ عَنْهُ فَلَا يُجْعَلُ تَبَعًا فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ الجُرْحِ فِي الصَّيْدِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِخُرُوجِهِ نَاقِصًا فَيُقَامُ مَقَامَ الكَامِلِ فِيهِ عِنْدَ التَّعَذُّرِ.

تبتني على الوسع حتى يكون في الأهلي بالذبح في المذبح، فإذا ند فبالجرح في أيِّ موضع أصابه؛ لأن ذلك وسع مثله، والذي في وسعه في الجنين ذبح الأم؛ لأنه ما دام مخبيًّا في البطن لا يتأتى فيه فعل الذبح مقصودًا، وبعد الإخراج لا يبقى حيًّا، فيجعل ذكاة الأم ذكاة له؛ لأن تأثير ذبح الأم في زهوق الحياة عن الجنين فوق تأثير الجرح يحُلُّ رِجلَ الصيد، والغالب هناك السلامة وهاهنا الهلاك، ثم اكتفى بذلك الفعل هناك؛ لأنه وسع مثله فهاهنا أوْلَى.

قوله: فَلَا يُجْعَلُ تَبَعًا فِي حَقِّهِ، أي: فلا يجعل الجنين تبعًا لأمه في حق خروج الدم بجرح الأم.

قوله: بِخِلَافِ الجُرْحِ فِي الصَّيْدِ، يعني: أنه إذا رمى الصيد فجرحه حيث يحل تناوله، وإن لم يحصل الفصل بين الطاهر والنجس على التمام؛ لأن ثمَّة أصل الجرح قد وجد، وهو في الجملة سبب الانفصال لكل الرطوبات، فأقيم السبب مقام السبب عند العجز، وهاهنا أصل سبب الحل وهو الجرح لم يوجد في حق الجنين فافترقا.

وحقيقة المعنى فيه ما بيَّنا أن المطلوب من الذكاة تسييل الدم بتمييز الطاهر من النجس، وبذبح الأم لا يحصل هذا المقصود في الجنين، وهو الجواب عمَّا قالوا: إن الذكاة تبتني على الوسع، قلنا: نعم، ولكن لا يسقط بالتعذر، كما لو قتل الكلب الصيد غمًّا أو خنقًا؛ وهذا لأن المقصود لا يحصل بدون الجرح.

والمراد بالحديث التشبيه لا النيابة، أي: ذكاة الجنين كذكاة أمه، ألا ترى أنه ذكر الجنين أولًا، ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولًا دون المنوب عنه كما في الألفاظ التي استشهد

وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ تَحَرِّيًا لِجَوَازِهِ كَيْ لا يَفْسُدَ بِاسْتِثْنَائِهِ، وَيُعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا

بها، ومثل هذا يذكر للتشبيه، يقال: مشية فلان مشية أبيه، وخط فلان خط أبيه، وقال القائل:

فعيناكِ عيناها وجيدكِ جيدها * سوى أن عظم الساق منكِ دقيق

والمراد التشبيه.

فإن قلتَ: ما جواب أبي حنيفة رحمه الله عن الآية التي تمسكوا بها وهي قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًا﴾ [الأنعام: ١٤٢] على ما ذكرنا، وعن الحديث وهو ما رُوي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن قومًا سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا: إنا لننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت، أفنلقيه أم نأكله؟ فقال عليه الصلاة والسلام: كلوه، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه».

وعن الدليل الواضح لهم، وهو أنه يحل ذبح الشاة الحامل، ولو لم يحل الجنين بذبح الأم لما حل ذبحها حاملًا؛ لما فيه من إتلاف الحيوان لا لمأكلة، ونَهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك.

قلتُ: فجواب أبي حنيفة رحمه الله عن الآية هو أن المراد بالفرش الصغار، فلا يتناول الجنين، ولئن كان المراد به الجنين ففيه بيان أن الجنين مأكول وبه نقول، ولكن عند وجود الشرط فيه وهو أن ينفصل حيًّا فيذبح فيحل به.

ونعارضهم أيضا بآية أخرى وهي قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ﴾ [المائدة: ٣]، فإن أحسن أحواله أن يكون حيًّا عند ذبح الأم، فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة.

وبحديث آخر: وهو ما قال عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم: «إذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل، فإنك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك؟»، فقد حرم الأكل عند وقوع الشك في سبب زهوق الروح، وذلك موجود في الجنين، فإنه لا يدري أنه ماتَ بذبح الأم أو باحتباس نفسه؟ ومعارضتهم بالدليل المعقول ما ذكر في الكتاب.

وأمَّا جواب أبي حنيفة رحمه الله عن الحديث الذي ذكروا مع القصة فقال: إنه لا يكاد

كَيْ لا يَنْفَصِلَ مِنَ الحُرَّةِ وَلَدٌ رَقِيقٌ.

يصح، ولو ثبتَ فالمراد من قولهم: فيخرج من بطنها جنين ميت، أي: مشرفٌ على الموت، قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ۝﴾ [الزمر: ٣٠]، ومعنى قوله: كلوه، أي: اذبحوه وكلوه.

وأمَّا قولهم: إنه يحل ذبح الشاة الحامل، ولو لم يحل الجنين بذبح الأم لما حل ذبحها حاملًا، قلنا: إباحة ذبح الحامل؛ لأنه يتوهم أن ينفصل الجنين حيًّا فيذبح؛ أو لأن المقصود لحم الأم، وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال، كما لو ذبح ما ليس بمأكول لمقصود الجلد، هذا كله من «المبسوط»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِيمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ وَمَا لا يَحِلُّ

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ أَكْلُ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَلا ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ) لِأَنَّ «النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ» . وَقَوْلُهُ مِنَ السِّبَاعِ ذُكِرَ عَقِيبَ النَّوْعَيْنِ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِمَا فَيَتَنَاوَلُ سِبَاعَ الطُّيُورِ وَالبَهَائِمِ لِأَكْلِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ أَوْ نَابٌ.

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

لمَّا ذكر أحكام الذبائح وما يتعلق بها، ذكر في هذا الفصل تفصيل المأكول من غير المأكول؛ إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح هو التوسل إلى الأكل، وقدم الذبائح؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: أن شرط التناول فيما يحل من الحيوانات الذكاة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، فالشرط مقدم على المشروط.

المِخْلَب: للطائر كالظفر للإنسان، والمراد به مِخلَب هو سلاح، وهو مِفعل من الخلب، وهو مزق الجلد بالناب وانتزاعه، قيل: وهذا تركيب يدل على الإمالة؛ لأن الطائر يخلب به الشيء إلى نفسه، ومنه الخلابة وهي الخداع، وهو من باب طلبَ وضربَ.

الناب: (چهار دندان شير)، كذا في «تاج الأسامي»، الألف منقلبة من الياء بدليل أن جمعه: أنياب، وهو من الأسنان ممَّا يلي الرباعيات.

قوله: فَيَتَنَاوَلُ سِبَاعَ الطُّيُورِ وَالبَهَائِمِ، أمَّا الطيور فهي كالصقر، والبازي، والنسر، والعقاب، والشاهين، وأمَّا سباع البهائم فكالأسد، والذئب، والنَّمر، والفَهْد، والثعلب،

وَالسَّبُعُ كُلُّ مُخْتَطِفٍ مُنْتَهِبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ عَادٍ عَادَةً. وَمَعْنَى التَّحْرِيمِ وَاللهُ أَعْلَمُ كَرَامَةُ بَنِي آدَمَ كَيْ لا يَعْدُوَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ بِالأَكْلِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ وَالثَّعْلَبُ، فَيَكُونُ الحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -

والضبع، والكلب، والسنور البري والأهلي، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَالسَّبُعُ كُلُّ مُخْتَطِفٍ مُنْتَهِبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ عَادٍ عَادَةً، وإنما عد هذه الأوصاف ليبني عليها قوله: كَيْ لا يَعْدُوَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ.

ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاب هو أن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل السباع غير الطيور؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: فالمراد بذي الخطفة: ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي، والعقاب، ومن ذي النهبة: ما ينتهب بنابه من الأرض كالأسد، والذئب، فلمَّا كان اسم السبع شاملًا على القبيلتين فسَّر السبع بهذين الوصفين.

قوله: كَيْ لا يَعْدُوَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ بِالأَكْلِ؛ لما أن للغذاء من الأثر في ذلك، كما في قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يُعدِي».

والمسخبث حرام؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، ولهذا حرم تناول الحشرات؛ لأنَّها مستخبثة طبعًا وإنما أبيح لنا أكل الطيبات، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾ [البقرة: ١٧٢]، فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به المرسلين؛ حيث قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرُّسُلُ كُلُواْ مِنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَٱعْمَلُواْ صَٰلِحًا﴾ [المؤمنون: ٥١].

قوله: وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ وَالثَّعْلَبُ؛ لأن لهما نابًا يقاتلان بنابهما فلا يؤكل لحمها كالذئب.

قوله: فَيَكُونُ الحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي إِبَاحَتِهِمَا، فإن قلتَ: ما جوابنا عما تمسك به الشافعي رحمه الله من حديث جابر رضي الله عنه: «أنه سئل عن الضبع: أصيد

فِي إِبَاحَتِهِمَا، وَالفِيلُ ذُو نَابٍ فَيُكْرَهُ، وَاليَرْبُوعُ وَابْنُ عِرْسٍ مِنَ السِّبَاعِ الهَوَامِّ وَكَرِهُوا أَكْلَ الرَّخَمِ وَالبُغَاثِ؛ لِأَنَّهُمَا يَأْكُلَانِ الجِيَفَ. قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ)؛ لِأَنَّهُ يَأْكُلُ الحَبَّ وَلَا يَأْكُلُ الجِيَفَ وَلَيْسَ مِنْ سِبَاعِ الطَّيْرِ.

قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ الأَبْقَعُ الَّذِي يَأْكُلُ الجِيَفَ، وَكَذَا الغُدَافُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ

هو؟ فقال: نعم، فقيل: أيؤكل لحمه؟ فقال: نعم، فقيل: أشيء سمعتَه من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال: نعم»؟

قلتُ: جوابنا هذا الحديث المشهور الذي ذكره في الكتاب، فإن للضبع نابًا على ما ذكرنا، وحديث جابر إن صحَّ فتأويله أنه كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]؛ وهذا لأن الحرمة ثابتة شرعًا، فما رُوي من الحل ليحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة، كذا في «المبسوط».

عرس الرجل امرأته، بالكسر، ومنها ابن عِرس، وهو بالفارسية: رَاسُو.

الرَّخَم: جمع رَخَمة، وهي طائر أبلق يشبه النسر في الخلق، يقال له: الأنوق، ويقال له بالفارسية: بيشه مُرغ.

البُغَاث: ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها، الواحدة: بغاثة، وفي أوله الحركات الثلاث، وبالفارسية: وادكِيزَه.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ، وفي «الذخيرة»: وأمَّا الغراب الأبقع والأسود فهو أنواع ثلاثة: نوع يلتقط الحبة ولا يأكل الجيف فإنه لا يكره، ونوع منه لا يأكل إلا بالجيف وإنه مكروه، ونوع منه يخلط الحب بالجيف يأكل الحب مرَّة والجيف أخرى، وإنه غير مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يكره.

والفاختة تؤكل، وكذلك الدُّبسي بضم الدال، والأنثى دبسيَّة، وبالفارسية موشجه، وكذلك الخُطَّاف، وأمَّا الخُفَّاش فقد ذكر في بعض المواضع أنه يؤكل، وذكر في بعضها أنه

- رَحِمَهُ اللهُ -: لا بَأْسَ بِأَكْلِ العَقْعَقِ)؛ لِأَنَّهُ يُخَلِّطُ فَأَشْبَهَ الدَّجَاجَةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ غَالِبَ أَكْلِهِ الجِيَفُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الضَّبُعِ وَالضَّبِّ وَالسُّلَحْفَاةِ وَالزُّنْبُورِ وَالحَشَرَاتِ كُلِّهَا) أَمَّا الضَّبُعُ فَلِمَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا الضَّبُّ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - حِينَ سَأَلَتْهُ عَنْ أَكْلِهِ. وَهِيَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ،

لا يؤكل؛ لأن له نابًا.

الغداف: غراب القبط ويكون ضخمًا وفِيَّ الجناحين، هذا كله من «المغرب» وغيره.

قوله: لا بَأْسَ بِأَكْلِ العَقْعَقِ ... وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُكْرَهُ؛ لأنه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة؛ لأنه يخلط الجيف بالحب.

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا بأس بأكله، وهو الأصح على قياس الدجاجة، فإنه لا بأس بأكلها فقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي قد تخلط؛ وهذا لأن ما يأكل الجيف فلحمه نبتَ من الحرام فيكون خبيثًا عادةً ولا يوجد فيما يخلط، كذا في «المبسوط».

قوله: أَمَّا الضَّبُعُ فَلِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: **وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ،** يعني: أنه ذو ناب.

قوله: وَأَمَّا الضَّبُّ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ... عَنْ أَكْلِهِ، فإنه رُوي عن عائشة رضي الله عنها: «أنه أهدي إليها ضب، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن أكله فنهاها عنه، فجاء سائل فأرادت أن تعطمه إيَّاه فقال صلى الله عليه وسلم: أتطمعين ما لا تأكلين»، وبهذا نأخذ فنقول: لا يحل أكل الضب.

فإن قلتَ: ما جوابنا عمَّا تمسك به الشافعي رحمه الله من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي صلى الله عليه وسلم سُئل عن الضب فقال: لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه، فلا أحله ولا أحرمه»، وفي حديث ابن عباسٍ رضي الله عنهما قال: «أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفي الآكلين أبوبكر رضي الله عنه، ورسول الله

وَالزُّنْبُورُ مِنَ الْمُؤْذِيَاتِ. وَالسُّلَحْفَاةُ مِنْ خَبَائِثِ الحَشَرَاتِ وَلِهَذَا لا يَجِبُ عَلَى الْمُحْرِمِ بِقَتْلِهِ شَيْءٌ، وَإِنَّمَا تُكْرَهُ الحَشَرَاتُ كُلُّهَا اسْتِدْلالًا بِالضَّبِّ لِأَنَّهُ مِنْهَا.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ أَكْلُ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ وَالبِغَالِ) لِمَا رَوَى خَالِدُ بْنُ الوَلِيدِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَى عَنْ لُحُومِ الخَيْلِ وَالبِغَالِ وَالحَمِيرِ» وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - أَهْدَرَ الْمُتْعَةَ وَحَرَّمَ

صلى الله عليه وسلم كان ينظر إليه ويضحك»؟

قلتُ: جوابنا عن ذلك نهي النبي صلى الله عليه وسلم عائشةَ رضي الله عنها؛ لأن بذلك النهي يتبين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم من أكله كان لحرمته؛ لا لأنه كان يعافه، ألا ترى أنه نَهاها عن التصدق به، ولو لم يكن نَهيه عن الأكل للحرمة لأمرها بالتصدق به، كما أمر به في شاة الأنصار بقوله: «أطعموا الأسارى».

والحديث الذي فيه دليل الإباحة محمول على أنه كان قبل ثبوت الحرمة، ثم الأصل أنه متى تعارض الدليلان، أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الإباحة نغلب الموجب للحظر، كذا في «المبسوط»، و«شرح الأقطع».

قوله: وَلا يَجُوزُ أَكْلُ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، وكان بشر المريسي يبيح ذلك، وهو قول مالك رحمه الله.

وحجتهما ما رُوي عن عائشة رضي الله عنها: «أنَّها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية»، وفي حديث أبجر بن غالب رضي الله عنه: «أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لم يبق لي من مالي إلا حميرات، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: كل من سمين مالك»، واعتبر الحمار الأهلي بالوحشي، والوحشي مأكول بالاتفاق فكذا الأهلي.

وحجتنا في ذلك ما رُوي عن عبد الله بن أبي أوْفَى قال: «أصبنا يوم خيبر حُمرًا أهلية

لُحُومَ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ يَوْمَ خَيْبَرَ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: لا بَأْسَ بِأَكْلِهِ لِحَدِيثِ جَابِرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ «نَهَى رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ لُحُومِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الخَيْلِ يَوْمَ خَيْبَرَ» وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَالخَيْلَ

فذبحناها، وإن القدر ليغلى بها فقال عليه الصلاة والسلام: أكفئوها بما فيها، ونَهى عن أكلها، فقلنا بَيْننا: إنما حرمها لأنَّها نُهبة لم تخمس، فلقيتُ سعيد بن جبير رضي الله عنه فذكرتُ ذلك له فقال: بل حرمها ألبتة»، فيه يتبيَّن أنه ما حرمها يوم خيبر لقلة الظهر؛ لأنه أمر بإكفاء القدور، وبعدما صار لحمًا ليس فيه منفعة الظهر، وما حرمها لأنَّها نُهبة لم تخمس، فإن ما كان مأكولًا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس، كالطعام والعلف.

وروى ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي عليه السلام نَهى يوم خيبَر عن متعة النساء، وعن الحمار الأهلي، ولمَّا بلغ عليًّا رضي الله عنه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما بإباحة المتعة فقال له: نَهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء، وعن الحمر الأهلية زمن خيبر»، وكذا عن أبي طلحة، فترجحت الآثار الموجبة للحرمة.

ثم لا حجة في حديث أبجر؛ فإن معنى قوله: «كل من سمين مالك»، أي: بعه واستنفق ثمنه؛ لأنه يقال: فلان أكل عقاره، والمراد هذا.

وقال القائل:

إن لنا أحمرة عجافًا * يأكلن كل ليلة إكافًا

والمراد ثمن الإكاف.

وكذلك فيما استدلت به عائشة رضي الله عنها من الآية لاحجة لهم؛ لأنَّها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق، وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم

وَالبِغَالَ وَالحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] خَرَجَ مَخْرَجَ الاِمْتِنَانِ وَالأَكْلُ مِنْ أَعْلَى مَنَافِعِهَا، وَالحَكَمُ لا يَتْرُكُ الاِمْتِنَانَ بِأَعْلَى النِّعَمِ وَيَمْتَنُّ بِأَدْنَاهَا، وَلِأَنَّهُ آلَةُ إِرْهَابِ العَدُوِّ فَيُكْرَهُ أَكْلُهُ احْتِرَامًا لَهُ وَلِهَذَا يُضْرَبُ لَهُ بِسَهْمٍ فِي الغَنِيمَةِ، وَلِأَنَّ فِي إِبَاحَتِهِ تَقْلِيلَ آلَةِ الجِهَادِ، وَحَدِيثُ جَابِرٍ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ خَالِدٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُحَرِّمِ. ثُمَّ قِيلَ: الكَرَاهَةُ عِنْدَهُ كَرَاهَةُ تَحْرِيمٍ. وَقِيلَ كَرَاهَةُ

الحمار، فكان ذلك دليل الخصوص في هذا العام.

واعتبار الأهلي بالوحشي ساقط؛ لأنه لا مشابهة بينهما معنى، والمشابهة لا تكون دليل الحل مع أن المفارقة بينهما قد صحت بالآثار؛ لأنه صحَّ في الأثر أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي، فإنه رُوي: «أن أعرابيًّا أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارًا وحشيًّا عقيرًا، أو رجل حمار وحشي، فأمر أبا بكر رضي الله عنه أن يقسمه بين الرفاق»، وقد ذكرنا نَهيه عن تناول الحمار الأهلي، علم بِهذا أنه لا اعتبار للمشابهة الصورية شرعًا.

قوله: وَالأَكْلُ مِنْ أَعْلَى مَنَافِعِهَا؛ لأن في الأكل إبقاء النفوس لا في الركوب، ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند إظهار المنَّة، وذكر ما دون ذلك، ألا ترى أنه في الأنعام ذكر الأكل بقوله تعالى: ﴿وَمِنْهَا يَأْكُلُونَ﴾ [يس: ٧٢].

ولأنه ضم الخيل إلى البغال والحمير في الذكر دون الأنعام، والقران في الذكور دليل القران في الحكم، يعني في الجملة الناقصة.

وفي حديث خالد بن الوليد رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نَهى عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير»، وكذلك في حديث المقداد بن معديكرب، وقد بيَّنا أن الدليل الموجب للحرمة يترجح، وأن ما كان من الرخصة محمول على أنه كان في الابتداء قبل النهي.

فإن قلتَ: ماجواب أبي حنيفة رضي الله عنه عمَّا لو تمسكوا بسؤره وبوله، فإن سؤره

تَنْزِيهٍ. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

طاهر بالاتفاق، وحكم بوله كحكم بول ما يؤكل لحمه، فيستدل بِهذين الحكمين على أن الفرس مأكول اللحم كالأنعام؟

قلتُ: أمَّا عن السؤر فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله الكراهة في سؤره، كما في لبنه، وأمَّا على ظاهر الرواية فإن الفرس كالآدمي من وجه من حيث أنه يحصل به إرهاب العدو، ويستحق السهم من الغنيمة به، والآدمي غير مأكول اللحم لكرامته، وسؤره طاهر، وكذا سؤر الفرس، وهذا الطريق يدل على أن الكراهة فيه للتنزيه، وأمَّا بوله، فإنه إنما جعل بوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه، وللبلوى تأثير في تخفيف حكم النجاسة، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، وهو أن الكراهة كراهة تحريم، وإنما اختلف المشايخ في معنى الكراهة عنده على هذين القولين لاختلاف اللفظ المروي عنه؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: وظاهر اللفظ في كتاب الصيد يدل على أن الكراهة فيه للتنزيه؛ لأنه ذكر في كتاب الصيد: قال أبو حنيفة رحمه الله: رخص بعض العلماء في لحم الخيل، فأمَّا أنا فلا يعجبني أكله.

وما قال في «الجامع الصغير» بقوله: يكره لحم الخيل، يدل على أن كراهته للتحريم؛ لأنه روي: أن أبا يوسف قال لأبي حنيفة رحمهما الله: إذا قلتَ في شيء أكرهه، فما رأيك فيه؟ قال: التحريم.

وذكر في «التتمة»: قال القاضي الإمام الإسبيجابي: الأصح أن الكراهة كراهة تنزيه، وقال غيره: الأصح أن الكراهة كراهة التحريم.

وحُكي عن سيف الدين عبد الرحيم الكرميني[1] رحمه الله أنه قال: كنتُ مترددًا في

---

(١) هو الشيخ الإمام، عبد الرحيم بن أحمد بن إسماعيل، الكرميني، المنعوت بسيف الدين، الملقب بالإمام، توفي سنة (٤٦٧ هـ)، ودفن بمقبرة بهستان، والكَرْمِيني نسبة إلى كَرْمِينِيَة، بلدة بين بخارى وسمرقند، له «شرح كتاب الصلاة» وغيره.

انظر: «الجواهر المضية» (١/ ٣١١)، «المحيط البرهاني» (٤/ ٢٧٨)، طبعة دار الكتب العلمية.

وَأَمَّا لَبَنُهُ فَقَدْ قِيلَ: لا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي شُرْبِهِ تَقْلِيلُ آلَةِ الجِهَادِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِأَكْلِ الأَرْنَبِ) لِأَنَّ «النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - أَكَلَ مِنْهُ حِينَ أُهْدِيَ إِلَيْهِ مَشْوِيًّا وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - بِالأَكْلِ مِنْهُ»، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ السِّبَاعِ وَلا مِنْ أَكَلَةِ الجِيَفِ فَأَشْبَهَ الظَّبْيَ.

قَالَ: (وَإِذَا ذُبِحَ مَا لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ جِلْدُهُ وَلَحْمُهُ إِلَّا الآدَمِيَّ وَالخِنْزِيرَ) فَإِنَّ الذَّكَاةَ لا تَعْمَلُ فِيهِمَا، أَمَّا الآدَمِيُّ فَلِحُرْمَتِهِ وَكَرَامَتِهِ وَالخِنْزِيرُ لِنَجَاسَتِهِ كَمَا فِي الدِّبَاغِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الذَّكَاةُ لا تُؤَثِّرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لا يُؤَثِّرُ فِي إِبَاحَةِ اللَّحْمِ أَصْلًا. وَفِي طَهَارَتِهِ وَطَهَارَةِ الجِلْدِ تَبَعًا وَلا تَبَعَ بِدُونِ الأَصْلِ وَصَارَ كَذَبْحِ المَجُوسِيِّ. وَلَنَا أَنَّ الذَّكَاةَ مُؤَثِّرَةٌ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ وَالدِّمَاءِ السَّيَّالَةِ وَهِيَ النَّجِسَةُ دُونَ ذَاتِ الجِلْدِ وَاللَّحْمِ، فَإِذَا زَالَتْ طَهُرَ كَمَا فِي الدِّبَاغِ. وَهَذَا الحُكْمُ مَقْصُودٌ فِي الجِلْدِ كَالتَّنَاوُلِ فِي اللَّحْمِ وَفِعْلُ المَجُوسِيِّ إِمَاتَةٌ فِي الشَّرْعِ فَلا بُدَّ مِنَ الدِّبَاغِ،

هذه المسألة فرأيتُ أبا حنيفة رحمه الله في المنام يقول لي: كراهة التحريم يا عبد الرحيم.[1]

قوله: وَأَمَّا لَبَنُهُ فَقَدْ قِيلَ: لا بَأْسَ بِهِ، وفي «فتاوى قاضي خان» في كتاب الصيد والذبائح: واختلف المشايخ في تفسير كراهة لحم الخيل في قول أبي حنيفة رحمه الله، والصحيح أنه أراد به التحريم، ثم قال: ولبنه كلحمه.

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): وإليه مال صاحب «النهاية»، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله كراهة في سؤره كما في لبنه، وقيل: لا بأس بلبنه؛ إذ ليس في شربه تقليل آلة الجهاد، كذا في «الكافي». ولا يحل الخيل، والمفهوم من «المجمع» الحرمة، ومن «الهداية» كراهة تحريم، ثم قيل في الفرق بين الحرام والمكروه التنزيهي: أن فاعل الأول معاقب في الفعل دون الثاني، وقيل: الصحيح أنه مكروه كراهة تنزيه، كذا في الشروح. انتهى

وَكَمَا يَطْهُرُ لَحْمُهُ يَطْهُرُ شَحْمُهُ، حَتَّى لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ القَلِيلِ لا يُفْسِدُهُ خِلافًا لَهُ. وَهَلْ يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ فِي غَيْرِ الأَكْلِ؟ قِيلَ: لا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالأَكْلِ. وَقِيلَ يَجُوزُ كَالزَّيْتِ إِذَا خَالَطَهُ وَدَكُ المَيْتَةِ. وَالزَّيْتُ غَالِبٌ لا يُؤْكَلُ وَيُنْتَفَعُ بِهِ فِي غَيْرِ الأَكْلِ.

قَالَ: (وَلا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ المَاءِ إِلَّا السَّمَكَ) وَقَالَ مَالِكٌ وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ بِإِطْلَاقِ جَمِيعِ مَا فِي البَحْرِ. وَاسْتَثْنَى بَعْضُهُمْ الخِنْزِيرَ وَالكَلْبَ وَالإِنْسَانَ. وَعَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ أَطْلَقَ ذَاكَ كُلَّهُ، وَالخِلافُ فِي الأَكْلِ وَالبَيْعِ وَاحِدٌ، لَهُمْ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي البَحْرِ «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالحِلُّ مَيْتَتُهُ»؛ وَلِأَنَّهُ لا دَمَ فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ إِذِ الدَّمَوِيُّ لا يَسْكُنُ المَاءَ وَالمُحَرَّمُ هُوَ الدَّمُ فَأَشْبَهَ السَّمَكَ. قُلْنَا: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَمَا سِوَى السَّمَكِ خَبِيثٌ.

«وَنَهَى رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ دَوَاءٍ يُتَّخَذُ فِيهِ الضِّفْدَعُ»، وَنَهَى

قوله: «وَنَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ دَوَاءٍ يُتَّخَذُ فِيهِ الضِّفْدَعُ»، وقال: «إنَّها خبيثة من الخبائث»، فإذا ثبتَ بهذا الحديث أن الضفدع مستخبث غير مأكول فيقيس عليه سائر حيوانات الماء.

ومن يقول: يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح، فإنه لا يجد بدًّا من أن يقول: يؤكل الإنسان المائي، وهذا شنيع، فعرفنا أن المأكول من المائي سمك فقط، وأمَّا قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦]، فالمراد منه ما يوجد من السمك طريًّا، وقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٩٦]، المالح المقدد منه.

فإن قلتَ: ما جوابنا عمَّا تمسكوا بحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «كنَّا

عَنْ بَيْعِ السَّرَطَانِ وَالصَّيْدُ الْمَذْكُورُ فِيمَا تَلَا مَحْمُولٌ عَلَى الِاصْطِيَادِ وَهُوَ مُبَاحٌ فِيمَا لا يَحِلُّ، وَالْمَيْتَةُ الْمَذْكُورَةُ فِيمَا رَوَى مَحْمُولَةٌ عَلَى السَّمَكِ وَهُوَ حَلَالٌ مُسْتَثْنًى مِنْ ذَلِكَ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالجَرَادُ وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالكَبِدُ وَالطِّحَالُ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الطَّافِي مِنْهُ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ لا بَأْسَ بِهِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ مَيْتَةَ البَحْرِ مَوْصُوفَةٌ بِالحِلِّ بِالحَدِيثِ. وَلَنَا مَا رَوَى جَابِرٌ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ «مَا نَضَبَ عَنْهُ المَاءُ فَكُلُوا، وَمَا لَفَظَهُ المَاءُ فَكُلُوا، وَمَا طَفَا فَلَا تَأْكُلُوا» وَعَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، وَمَيْتَةُ البَحْرِ مَا لَفَظَهُ البَحْرُ لِيَكُونَ مَوْتُهُ مُضَافًا إِلَى البَحْرِ لا مَا مَاتَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ آفَةٍ.

أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فأصابتنا مجاعة، فألقى البحر لنا دابة يقال لها: عنبرة، فأكلنا منها وتزودنا، فلمَّا رجعنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك، فقال: هل بقيَ عندكم منه شيء فتطعموني»؟

قلتُ: الصحيح من الرواية: «فألقى لنا البحر حوتاً يقال لها: عنبرة»، وهي اسم للسمك.

والحجة لنا في هذه المسألة قوله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، وقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [المائدة: ٣]، ولم يفصل بين البري منه والبحري، كذا في «المبسوط».

الطافِي: اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء، يطفوا طفوًا: إذا علا.

والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتفَ أنفه من غير سبب معلوم لنا فيعلو ويظهر.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِأَكْلِ الجِرِّيثِ وَالمَارْمَاهِيِّ وَأَنْوَاعِ السَّمَكِ وَالجَرَادِ بِلَا ذَكَاةٍ) وَقَالَ مَالِكٌ: لا يَحِلُّ الجَرَادُ إلَّا أَنْ يَقْطَعَ الآخِذُ رَأْسَهُ أَوْ يَشْوِيَهُ؛ لِأَنَّهُ صَيْدُ البَرِّ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى المُحْرِمِ بِقَتْلِهِ جَزَاءٌ يَلِيقُ بِهِ فَلَا يَحِلُّ إلَّا بِالقَتْلِ كَمَا فِي سَائِرِهِ. وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا. وَسُئِلَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ الجَرَادِ يَأْخُذُهُ الرَّجُلُ مِنَ الأَرْضِ وَفِيهَا المَيِّتُ وَغَيْرُهُ فَقَالَ: كُلْهُ كُلَّهُ. وَهَذَا عُدَّ مِنْ فَصَاحَتِهِ، وَدَلَّ عَلَى إبَاحَتِهِ وَإِنْ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، بِخِلَافِ السَّمَكِ إذَا مَاتَ مِنْ غَيْرِ آفَةٍ؛ لِأَنَّا خَصَّصْنَاهُ بِالنَّصِّ الوَارِدِ فِي الطَّافِي، ثُمَّ الأَصْلُ فِي السَّمَكِ عِنْدَنَا أَنَّهُ إذَا مَاتَ بِآفَةٍ يَحِلُّ كَالمَأْخُوذِ، وَإِذَا مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ مِنْ غَيْرِ آفَةٍ لا يَحِلُّ كَالطَّافِي، وَتَنْسَحِبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى. وَعِنْدَ التَّأَمُّلِ يَقِفُ المُبَرِّزُ عَلَيْهَا:

الجِرِّيث: الجري، وهو ضرب من المسك، وَالمَارْمَاهِيج: أيضًا نوع من السمك وهو غير الجريث، كذا في «المغرب»، فكان ما ذكر في الكتاب: وَالمَارْمَاهِيِّ، بتشديد الياء مصرف منه.

قوله: وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا، وهو ما ذكر من قوله صلى الله عليه وسلم: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ»، إلى آخره.

قوله: وَتَنْسَحِبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، وهي أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فإنها تؤكل؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذلك إن قتلها شيء من طير الماء وغيره، وكذلك إن مات في حُبِّ ماء؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها.

وكذلك إن جمعها في خطيرة لا تستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها بغير صيد فماتت فيها؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها؛ لأنه لم يظهر لموتها سبب، وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها، أو أكل شيئًا ألقاه في الماء ليأكل فماتت منه، وذلك معلوم، فلا بأس بأكلها، فهو

مِنْهَا إِذَا قَطَعَ بَعْضَهَا فَمَاتَ يَحِلُّ أَكْلُ مَا أُبِينَ وَمَا بَقِيَ. لِأَنَّ مَوْتَهُ بِآفَةٍ وَمَا أُبِينَ مِنَ الحَيِّ وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَمَيْتَتُهُ حَلَالٌ. وَفِي المَوْتِ بِالحَرِّ وَالبَرْدِ رِوَايَتَانِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

في معنى ما انحسر عنه الماء، وقال صلى الله عليه وسلم: «ما انحسر عنه الماء فكُلْ».

وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت، وأمَّا إذا ماتت بحرِّ الماء أو ببرده ففيه روايتان: ففي إحدى الروايتين يؤكل لوجود السبب لموتها، وفي الرواية الأخرى: لا تؤكل؛ لأن الماء لا يقتل السمك حارًّا كان أو باردًا.

وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه إذا انحسر الماء عن بعضه، فإن كان رأسه في الماء فماتَ لا يؤكل، وإن كان الماء انحسر عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: إذا وجد في بطن السمكة الطافية سمكة أنَّها تؤكل، وإن كانت الطافية لا تؤكل، وعن محمد رحمه الله في سمكة توجد في بطن الكلب: أنه لا بأس بأكلها، يريد به إذا لم تتغير.

ولا بأس بأكل سمكة يصيدها المجوسي؛ لأنها تحل من غير تسمية، فإن المسلم إذا أخذ السمك وترك عليها التسمية عمدًا تحل، وما يحل بدون التسمية فالمجوسي وغير المجوسي فيه سواء، والله تعالى أعلم بالصواب.

كِتَابُ الأُضْحِيَّةِ

كتـابُ الأضحية

أورد الأضحية عقيب الذبائح؛ لأن كلًّا منهما متعلقة بالذبح، غير أن الأولى متعلقة به حِلًّا، فإن في الذكاة الاختيارية وهي الأصل لا يحل المذبوح إلا به، والأضحية متعلقة به جوازًا، أو خروجًا به عن العهدة، فإن الأضحية لا تجوز ولا يخرج المكلف بها عن العهدة إلا به؛ لأن إراقة الدماء به تحصل وهو المأمور به وجوبًا في الأضحية، فكان الأول أعم أثرًا، والخصوص أبدًا يكون بعد العموم.

ثم محاسن الأضحية هي أن الله تعالى جعل شكر كل ما أنعم على العبد من جنس تلك النعمة، كشكر نعمة العقل بالإيمان، وشكر نعمة سلامة البدن بأدائه في طاعته بالصلاة والصوم والحج، وشكر نعمة المال بالزكاة، فكان على هذا من قضية القياس بسائر أنواع الشكر أن يَجُودَ بروحه في شكر نعمة الروح، ولمَّا لم يحسن الجود بروحه شكرًا لهذه النعمة العظيمة لم يكن أقل من أن يذبح ما هو أشبه به، والأهلي من النعم أشبه به؛ لأنه منتفع به في حق الناس كافة، فمن الحسن فيه أن لا تجوز التضحية بالصغار من النعم؛ لأن الصغار من النعم لم تدخل تحت تكليف العباد، فلا يجوز أن يفدي بها من دخل تحت التكليف.

ومن محاسن الأضحية خصوصًا في حق هذه الأمة هي أن القرابين[1] تُقام بالدماء المهراقة في الأراضي، دون اللحوم الطيبة ذات المراضي، فإن اللحوم باقية على ملك

---

(١) القرابين جمع قربان، أي: ما يتقرب به إلى الله تعالى.

....

المالك، سواء كانت لحوم الشياة، أو البقرات ذات التامك[(١)]، وهذا من خواص هذه الأمة، والكاشف للغمة، فإن قرابين سائر الأمم كانت تأكلها النار، ولا ينتفع بها لا الأخيار ولا الأشرار، وأمَّا في شريعتنا بقيت القرابين على ملكنا رحمةً علينا وفضلًا، واكتفى من العبد بما لا ينتفع به، بل يأكل ذلك كلبُه ويقبله ربه، وهذا والله أعلم أراد الله أن يكثر قرابين هذه الأمة، ليكون فداءً لهم يوم النشور وبُعْثِر ما في القبور، فمن تقاعد بعد هذا عن إقامة هذا الخير وأبطأ عن السير، كأن الله تعالى يخاطب العبد بأن يقول: اكتفيتُ منك بأن تتقرب إليَّ بما حرمتُ عليك، وبما يتناوله كلبُك ثم بخلتَ عليَّ بذلك، فما أبخلكَ، وما أضيق صدركَ، عصمنا الله تعالى وإيَّاكم عما يوجب النقيصة، وما يورط في المهواة النفسَ الحريصة.

ثم يحتاج هاهنا إلى بيان الأضحية لغةً، وشرعًا، وشرائطها، وركنها، وسببها، وبيان وصف القدرة فيها، وحكمها، وأمَّا بيان وقتها، وما يجوز فيها وما لا يجوز، فمذكور في الكتاب.

أمَّا اللغة: فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح يوم الأضحى، وهي أفعولة كالأُرْوية، وهي الأنثى من الوعول، فكان فيها واوٌ وياءٌ، قلبوا الواو ياءً فأدغموها في الياء لاجتماع الواو والياء مع سبق السكون، وكسروا الحاء لتسلم الياء، ويجمع على أضاحي بالتشديد على أفاعيل، كالأراوي في جمع الأروية.

قال الأصمعي: وفيها أربع لغات: أُضحية وإِضحية وضَحيَّة على فعلية، والجمع ضحايا، كهَديَّة وهدايا، وأَضحاة، والجمع أَضحَى، كأرطاة وأرْطَى، قال الفراء: الأضحى يذكر ويؤنث.

وأمَّا شرعـًا: فالأضحية اسم لحيوان مخصوص، وهي الإبل والبقر والضأن والمعز، بسنٍّ مخصوص، وهو الثنيُّ فصاعدًا من هذه الأنواع الأربعة، والجذع من الضأن، يذبح بنية

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي – الثانية (ف٢): تَمكَ السنامُ يَتْمُكُ تَمْكـًا، أي: طال وارتفع، فهو تامِكٌ. (صحاح)

....

القربة في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى، عند وجود شرائطها وسببها.

وأمَّا شرائطها: فنوعان: شرائط الوجوب، وشرائط الأداء.

فأمَّا شرائط الوجوب اليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر، والإسلام، والوقت وهو أيَّام النحر، حتى لو ولدت المرأة ولدًا بعد أيام النحر لا تجب الأضحية لأجله، ولو ماتَ الولد في وسط أيام النحر لا تجب الأضحية؛ لأن الوجوب يتأكد في آخر الوقت، وكذا من ماتَ من أهل وجوب الأضحية.

وأمَّا البلوغ والعقل فهل يشترط؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ليس بشرط، حتى يجب على الصبي إذا كان غنيًّا في ماله، حتى لو ضحى الأب أو الوصي من ماله لا يضمن.

وعند محمد وزفر رحمهما الله: لا يجب على الصغير حتى يضمن الأب والوصي في تلك الصورة، ولكن إذا ضحى من مال الصغير لا يتصدق به؛ لأن الواجب هو الإراقة، فأمَّا التصدق باللحم فتطوع، ومال الصغير لا يحتمل التطوع، ويصرف في حوائج الصغير مع بقاء عين الأشياء لو استبدل بها، كما في جلد الأضحية.

وأمَّا شرائط الأداء: فالوقت، ولو ذهب الوقت تسقط الأضحية، إلا أن في حق المقيمين بالأمصار يشترط شرط آخر، وهو أن يكون بعد صلاة العيد، كذا في «التحفة».

وأمَّا ركنها: فذبح ما يجوز ذبحه في الأضحية بنية الأضحية في أيامها؛ لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، والأضحية إنما تقوم بهذا الفعل فكان ركنًا.

وأمَّا سببها: وهو المهم في هذا الكتاب، فإن سبب وجوب الأضحية ووصف القدرة فيها بأنَّها ممكنة وميسَّرة لم يذكر، لا في أصول الفقه ولا في فروعه.

أمَّا الأول: فأقول وبالله التوفيق: إن سبب وجوب الأضحية الوقت، وهو أيام النحر، والغِنَى شرط الوجوب، وإنما قلنا ذلك؛ لأن السبب إنما يعرف بنسبته الحكم إليه وتعلقه به؛ إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثًا به سببًا، وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف، ثم هاهنا تكرر وجوب الأضحية بتكرر الوقت ظاهر، وكذلك الإضافة فإنه يقال:

....

يوم الأضحى، كما يقال: يوم الجمعة، ويوم العيد، وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر، ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة، ومثل هذه الإضافة في الأضحية لم يوجد في حق المال فلا يكون المال سببها، ألا ترى أنه لا يقال: أضحية المال، ولا مال الأضيحة.

والدليل على هذا أيضًا ما ذكره الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في تعليل وجب الأضحية: هذه قربة يضاف إليها وقتها فتكون واجبة فيه كالجمعة، وبيان الوصف أنه يقال: يوم الأضحى.

والدليل أيضًا على أن سببها الوقت عدم جواز التقديم على وقتها، فإن ذلك يدل على أن سببها الوقت كالصلاة.

فإن قلتَ: لو كان السبب لوجوبها الوقت لوجب على الفقير كما يجب على الغني كالصلاة؟

قلتُ: الوقت سبب لكن شرطها الغنى؛ لأنها وظيفة مالية فتوقف وجوبها على وجود الغنى، كصدقة الفطر فإن سببها الرأس والغنى شرطها؛ ولأن الوجوب المالي لا يلزم أن يكون سبب وجوبه في جميع الصور المال.

وقال الإمام شمس الأئمة في أول الأضحية: اعلم بأن القرب المالية نوعان: نوع بطريق التمليك كالصدقات، ونوع بطريق الإتلاف كالعتق، ويجتمع في الأضحية معنيان؛ فإنه تقرب بإراقة الدم وهي إتلاف، ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك مال.

وأمَّا الثانِي: فإن القدرة المشروطة في وجوبها القدرة الممكنة لا الميسرة، بدليل ما ذُكر في «فتاوى قاضي خان»: إن موسرًا اشترى شاة للأضحية في أول أيام النحر حتى مضت أيام النحر، ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا يسقط عنه الأضحية، فلو كانت القدرة ميسرة لاشترط دوام القدرة كما في الزكاة والعشر والخراج، حيث يسقط الزكاة بهلاك النصاب، والعشر بهلاك الخارج، والخراج إذا اصطلم الزرع آفة.

قَالَ: (الأُضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ فِي يَوْمِ الأَضْحَى عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ وَلَدِهِ الصِّغَارِ) أَمَّا الوُجُوبُ فَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَالحَسَنِ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمُ اللهُ -. وَعَنْهُ أَنَّهَا سُنَّةٌ، ذَكَرَهُ فِي الجَوَامِعِ وَهُوَ

فإن قلتَ: لو كان وجوبها بالقدرة الممكنة لوجب على من يملك قيمة ما يصلح للأضحية؛ لأن ذلك أدنى ما يتمكن به المكلف من فعلها، ولما اشترط النصابُ، كمن أدرك الجزء الأخير من وقت الصلاة ببلوغه أو بإسلامه، حيث تجب عليه الصلاة؟

قلتُ: اشتراط النصاب لا ينافي كونها ممكنة، كما في صدقة الفطر، فإن وجوبها بالقدرة الممكنة ومع ذلك اشترط النصابُ؛ وهذا لأن السبب وإن كان غير المال ولكن الشرط المال، فبالنظر إلى الشرط صارت وظيفة مالية فيشترط الغنى كما في صدقة الفطر.

والدليل على هذا صريح ما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله في زكاة «الجامع الصغير» في تعليل المسألة، فقال: إن من ملك مالًا تبلغ قيمته مائتي درهم وهو فاضل عن حاجته الأصلية غير معد للتجارة لا تجب الزكاة، ولكن حرمت عليه الصدقة، ووجبت عليه صدقة الفطر، والأضحية، ونفقة الأقارب، وعلل فقال: لأن هاهُنا - أي: في الزكاة - الواجب من نماء المال، وذلك لا يتصور بدون النَّامي، والواجب ثمَّة إغناء الفقير وإراقة الدم، وهو يعتمد المكنة وذا بالمال الفارغ، والله تعالى أعلم.

وقد كنتُ كتبتُ هذا في مجموع لي مفرد، ولكن هذا خلاصة ذلك.

وأمَّا حكمها: فما هو الحكم في سائر الواجبات وهو الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا، والوصول إلى مثوبات الله تعالى بفضله في العقبى، إذا ثبتَ هذا جئنا إلى لفظ الكتاب.

قوله: قَالَ: الأُضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ، قال مشايخنا: فالأضحية عندنا وإن كانت واجبة، فليس وجوبها كوجوب صدقة الفطر، ألا ترى أن العلماء لم يختلفوا في وجوب صدقة الفطر، وقد اختلفوا في وجوب الأضحية، رُوي عن محمد رحمه الله: أن من ماتَ وعليه زكاة، وصدقة الفطر، وأضحية، وحجة الإسلام، وكفارة اليمين، فأوصى بأن يؤدوا عنه فإنه يجوز ذلك

قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَاجِبَةٌ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَهَكَذَا ذَكَرَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ الِاخْتِلَافَ. وَجْهُ السُّنَّةِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْكُمْ فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ وَأَظْفَارِهِ شَيْئًا» وَالتَّعْلِيقُ بِالْإِرَادَةِ يُنَافِي الْوُجُوبَ، وَلِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَى الْمُقِيمِ لَوَجَبَتْ عَلَى الْمُسَافِرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْوَظَائِفِ الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ وَصَارَ كَالْعَتِيرَةِ. وَوَجْهُ الْوُجُوبِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانَا» وَمِثْلُ هَذَا الْوَعِيدِ لَا يَلْحَقُ بِتَرْكِ غَيْرِ الْوَاجِبِ،

كله من الثلث، وإن لم يبلغ ذلك ثلثُ ماله فإنَّهم إنما يبدأون بالآكد فالآكد، وزكاة المال أوجب من صدقة الفطر فيبدأ بالزكاة، وحجة الإسلام كالزكاة، وبعدهما يبدأ بصدقة الفطر، وبعدها يبدأ بالكفارة، وبعد الكفارة بالأضحية، كذا ذكره في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْوَظَائِفِ الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ، وصدقة الفطر؛ لأنَّهما يستويان في ملك المال، وإنما الفرق بينهما في البدني؛ لأن المسافر تلحقه المشقة في الأداء بالبدن.

العَتِيرَة: ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام ونسخ، كذا في «المغرب».

قوله: وَصَارَ كَالْعَتِيرَةِ، يعني: أن كل دم لا يجب على المسافر لا يجب على المقيم كالعتيرة.

ثم الأضحية غير واجبة على المسافر بالاتفاق ينبغي أن لا تكون واجبة على المقيم أيضًا، وذلك يؤذن بالوجوب كيوم الجمعة؛ وذلك لأن إضافة الوقت إليها لا يتحقق إلا وأن تكون موجودة فيه، ولا تكون موجودة فيه لا محالة إلا أن تكون واجبة؛ لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب، ولا يجتمعون على ترك الواجب، وإذا اجتمعوا على ذلك لم يخرج من أن يكون موجودًا فيه استحقاقاً لجواز الأداء فيه لا يصير الوقت مضافًا إليه، كسائر الأيام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم إلا رمضان، فعرفنا أن إضافة الوقت

وَلِأَنَّهَا قُرْبَةٌ يُضَافُ إِلَيْهَا وَقْتُهَا. يُقَالُ يَوْمَ الأَضْحَى، وَذَلِكَ يُؤْذِنُ بِالوُجُوبِ؛ لِأَنَّ الإِضَافَةَ لِلِاخْتِصَاصِ وَهُوَ بِالوُجُودِ، وَالوُجُوبُ هُوَ المُفْضِي إِلَى الوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الجِنْسِ، غَيْرَ أَنَّ الأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِأَسْبَابٍ يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا وَيَفُوتُ بِمُضِيِّ الوَقْتِ فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الجُمُعَةِ، وَالمُرَادُ بِالإِرَادَةِ فِيمَا رُوِيَ وَاللهُ أَعْلَمُ مَا هُوَ ضِدُّ السَّهْوِ لا التَّخْيِيرُ.

إلى القربة يدل على وجوبها فيه، كذا في «المبسوط».

قوله: بِالنَّظَرِ إِلَى الجِنْسِ، أي: بالنظر إلى جنس المكلفين به؛ لأنَّهم لا يجتمعون على ترك الواجب ظاهرًا، ويجوز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب.

قوله: غَيْرَ أَنَّ الأَدَاءَ يَخْتَصُّ، إلى آخره، هذا جواب عن قولهم: وَلِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَى المُقِيمِ لَوَجَبَتْ عَلَى المُسَافِرِ، يعني: إنما لم تجب على المسافر الأضحية بسبب أسباب - أي: شرائط - تختص بالأضحية.

قوله: يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا، وهي: تحصيل الشاة، والاشتغال بذبحها، فسقط عن المسافر تخفيفًا، والسفر يؤثر في التخفيف، وكذلك تجب عليه رعاية فراغ الإمام عن صلاة الأضحى في حق أهل المصر على وجه لم يبق عليه من واجبات الصلاة، حتى أنه لو ذبح قبل أن يتشهد الإمام لا يجوز.

وفي «الحاوي»: لو ذبح بعدما تشهد الإمام قبل أن يسلم لا يجوز، وفي رواية جاز، وقد أساؤوا رعاية طلوع الفجر الثاني من يوم النحر في حق أهل السواد، ورعاية الحرية والعقل والبلوغ واليسار، فيسقط عن المسافر ما هو أدنى حرجًا من الأضحية مع كونه أقوى وجوبًا منها، كجواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمته الأضحية ولا عُشرها، فأَوْلَى أن يسقط عنه وجوب الأضحية، وهو أدنى وجوبًا وأقوى حرجًا من زيادة ثمن مثل الماء أَوْلَى.

قوله: وَالمُرَادُ بِالإِرَادَةِ ... مَا هُوَ ضِدُّ السَّهْوِ، فكأن معنى قوله صلى الله عليه وسلم:

وَالعَتِيرَةُ مَنْسُوخَةٌ، وَهِيَ شَاةٌ تُقَامُ فِي رَجَبٍ عَلَى مَا قِيلَ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّ الوُجُوبُ

«مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ»، أي: من قصد التضحية التي هي واجبة، كقول من قال: «من أراد منكم الجمعة فليغتسل».

فإن قلتَ: ما جوابنا عما تمسك به أبو يوسف والشافعي رحمهما الله بقوله صلى الله عليه وسلم: «كتبت عليَّ الأضحية ولم تكتب عليكم»، وقال صلى الله عليه وسلم أيضًا: «خصصتُ بثلاثة وهي لكم سنة: الأضحى، وصلاة الضحى، والوتر»، وقال صلى الله عليه وسلم: «ضحوا بها فإنَّها سنة أبيكم إبراهيم عليه السلام»، وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما: «أنَّهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة»، والدليل عليه أيضًا من المعنى: أنه يحل له التناول منه، وإطعامُ الغني، ولو كان واجبًا لم يحل له التناول كما في جزاء الصيد ونحوه.

قلتُ: لا حجة لهم في قوله صلى الله عليه وسلم: «ولم تكتب عليكم»، فإنا نقول: فإنَّها غير مكتوبة بل هي واجبة، فالمكتوب ما يكون فرضًا يكفر جاحده، كما في قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ﴾ [البقرة: ١٨٣] الآية، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصًا بكون الأضحية مكتوبة عليه كما قال.

وأمَّا قوله صلى الله عليه وسلم: «ضحوا» فهو أمر يفيد الوجوب، وقوله صلى الله عليه وسلم: «فإنها سنة أبيكم»، أي: طريقته، فالسنة: الطريقة في الدين، وذلك لا ينفي الوجوب.

وتأويل حديث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنَّهما لا يضحيان في حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبةً على المعسرين، أو في حال السفر.

وأمَّا إباحة التناول للمضحي والأغنياء فبإذن من له الحق، فإنه بالتضحية يجعلها لله تعالى، وقد قال الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنۡهَا﴾ [الحج: ٣٦]، فلمَّا أبيح له التناول وهو غني فلأَن يباح له الإطعام للأغنياء وهم غير المضحي أوْلَى، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَهِيَ شَاةٌ تُقَامُ فِي رَجَبٍ عَلَى مَا قِيلَ، في هذا اللفظ إشارة إلى الاختلاف في تفسير العتيرة، وقد ذكرنا من «المغرب» ما يوافق تفسير العتيرة في الكتاب.

بِالحُرِّيَّةِ؛ لِأَنَّهَا وَظِيفَةٌ مَالِيَّةٌ لا تَتَأَدَّى إِلَّا بِالمِلْكِ، وَالمَالِكُ هُوَ الحُرُّ؛ وَبِالإِسْلَامِ لِكَوْنِهَا قُرْبَةً، وَبِالإِقَامَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَاليَسَارِ لِمَا رَوَيْنَا مِن اشْتِرَاطِ السَّعَةِ؛ وَمِقْدَارُهُ مَا يَجِبُ بِهِ صَدَقَةُ الفِطْرِ وَقَدْ مَرَّ فِي الصَّوْمِ، وَبِالوَقْتِ وَهُوَ يَوْمُ الأَضْحَى؛ لِأَنَّهَا مُخْتَصَّةٌ بِهِ، وَسَنُبَيِّنُ مِقْدَارَهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَتَجِبُ عَنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي الوُجُوبِ عَلَيْهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَنْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ فَيَلْحَقُ بِهِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَهَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لا تَجِبُ عَنْ وَلَدِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الفِطْرِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَاكَ

وذكر تفسيرها في «الإيضاح» على غير ذلك الوجه فقال: العتيرة: وهي ما كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولد فأكل وأطعم، وذكر الرجبية على وفق تفسير العتيرة في الكتاب، والعقيقة معروفة، وهذه دماء ثلاثة كانت في الجاهلية نسختها الأضحية.

قوله: وَبِالإِقَامَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: **غَيْرَ أَنَّ الأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِأَسْبَابٍ يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا.**

قوله: وَاليَسَارِ لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «**مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ**»، الحديث.

قوله: وَسَنُبَيِّنُ مِقْدَارَهُ، أي: مقدار الوقت.

قوله: وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لا تَجِبُ عَنْ وَلَدِهِ، أي: سواء كان الولد صغيرًا أو كبيرًا وهو ظاهر الرواية، والفتوى على ظاهر الرواية، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

هذا الذي ذكره فيما إذا لم يكن للولد الصغير مال؛ لأنه ذكر في «المبسوط» و«الذخيرة»: وإذا كان الرجل غنيًّا وله أولاد صغار وليس للأولاد مال، فليس عليه أن يضحي عن أولاده في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن ذلك عليه.

فإن كان للأولاد مال فقال بعض مشايخنا: على الأب والوصي أن يضحي من ماله

رَأْسٌ يَمُونُهُ وَيَلِي عَلَيْهِ وَهُمَا مَوْجُودَانِ فِي الصَّغِيرِ وَهَذِهِ قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ.

وَالأَصْلُ فِي القُرَبِ أَنْ لا تَجِبَ عَلَى الغَيْرِ بِسَبَبِ الغَيْرِ وَلِهَذَا لا تَجِبُ عَنْ عَبْدِهِ وَإِنْ كَانَ يَجِبُ عَنْهُ صَدَقَةُ فِطْرِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ يُضَحِّيَ عَنْهُ أَبُوهُ أَوْ وَصِيُّهُ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: يُضَحِّي مِنْ مَالِ نَفْسِهِ لا مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، فَالخِلَافُ فِي هَذَا كَالخِلَافِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَقِيلَ لا تَجُوزُ التَّضْحِيَةُ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ هَذِهِ القُرْبَةَ تَتَأَدَّى بِالإِرَاقَةِ وَالصَّدَقَةُ بَعْدَهَا تَطَوُّعٌ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، وَلا يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْكُلَ كُلَّهُ. وَالأَصَحُّ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْ مَالِهِ وَيَأْكُلَ مِنْهُ مَا أَمْكَنَهُ وَيَبْتَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ.

عند أبي حنيفة رحمه الله على قياس صدقة الفطر، والأصح أنه لا يجب ذلك، وليس له أن يفعله من ماله؛ لأنه إن كان المقصود الإتلاف فالأب لا يملكه في مال الولد كالعتق، وإن كان المقصود التصدق باللحم بعد إراقة الدم فذلك تطوع غير واجب، ومال الصبي لا يحتمل صدقة التطوع.

قوله: وَيَأْكُلَ مِنْهُ، أي: ويأكل الصبي من المضحَّى من ماله.(١)

قوله: وَيَبْتَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ، كالغربال والمنخل، وهذا الذي ذكره في جلد الأضحية من غير خلاف أحدٍ فإنه جائز.

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): وفي «مجالس القاضي أبي جعفر الأستروشني» رحمه الله: الأضحية يجب في مال الصبي ويقوم بها الأب، أو وصيه، والجد، ولا يطعم منه أحد بل يطعم الصبي وخادمه، والأبوان يأكلان منه استحساناً، ويجوز أن يشتري بذلك اللحم مطعوم للصبي، ولا يشتري به شيء آخر، وإن ضحى الأب من مال نفسه عن الصبي يفعل به ما يفعل بقربان نفسه، كذا في «أحكام الصغار». انتهى

قَالَ: (وَيَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةً أَوْ يَذْبَحُ بَقَرَةً أَوْ بَدَنَةً عَنْ سَبْعَةٍ) وَالقِيَاسُ أَنْ لا تَجُوزَ إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ الإِرَاقَةَ وَاحِدَةٌ وَهِيَ القُرْبَةُ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِالأَثَرِ وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ «نَحَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - البَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ وَالبَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةٍ». وَلا نَصَّ فِي الشَّاةِ، فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ. وَتَجُوزُ عَنْ سِتَّةٍ أَوْ خَمْسَةٍ أَوْ ثَلاثَةٍ، ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ عَنِ السَّبْعَةِ فَعَمَّنْ دُونَهُمْ أَوْلَى، وَلا تَجُوزُ عَنْ ثَمَانِيَةٍ أَخْذًا بِالقِيَاسِ فِيمَا لا نَصَّ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِنَ السُّبُعِ، وَلا تَجُوزُ عَنِ الكُلِّ لِانْعِدَامِ وَصْفِ القُرْبَةِ فِي البَعْضِ، وَسَنُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَاحِدٍ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ سَبْعَةٍ، وَلا تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتَيْنِ وَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ مِنْهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «عَلَى كُلِّ أَهْلِ بَيْتٍ

وأمَّا في لحم الأضحية لو أراد بيع لحم الأضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك، وليس له في اللحم إلا أن يطعم أو يأكل، فصار حاصل الجواب في الجلد أنه لو باعه بشيءٍ ينتفع بعينه يجوز، ولو باعه بشيءٍ لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه لا يجوز، وفي اللحم لا يجوز أصلًا، سواء باع بشيءٍ ينتفع به، أو باعه بشيءٍ لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن الجواب في اللحم كالجواب في الجلد، إن باعه بشيءٍ ينتفع به بعينه يجوز، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِنَ السُّبُعِ، أي: لا يجوز من صاحب الكثير كما لا يجوز من صاحب القليل، فلا يجوز منهما جميعًا، حتى أن الرجل إذا ماتَ وترك امرأةً وابنًا وبقرةً فضحيا بها يوم العيد لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها، ولم يجز نصيب الابن أيضًا، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

فِي كُلِّ عَامٍ أَضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» قُلْنَا: الْمُرَادُ مِنْهُ وَاللهُ أَعْلَمُ قَيِّمُ أَهْلِ الْبَيْتِ لِأَنَّ الْيَسَارَ لَهُ يُؤَيِّدُهُ مَا يُرْوَى «عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ فِي كُلِّ عَامٍ أَضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» وَلَوْ كَانَتِ الْبَدَنَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ تَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ ثَلَاثَةُ الْأَسْبَاعِ جَازَ نِصْفُ السُّبُعِ تَبَعًا، وَإِذَا جَازَ عَلَى الشَّرِكَةِ فَقِسْمَةُ اللَّحْمِ بِالْوَزْنِ لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ، وَلَوِ اقْتَسَمُوا جُزَافًا لا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنَ الْأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ.

قَالَ: (وَلَوِ اشْتَرَى بَقَرَةً يُرِيدُ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ اشْتَرَكَ فِيهَا سِتَّةٌ مَعَهُ جَازَ اسْتِحْسَانًا) وَفِي الْقِيَاسِ لا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلْقُرْبَةِ فَيُمْنَعُ عَنْ بَيْعِهَا تَمَوُّلًا وَالِاشْتِرَاكُ هَذِهِ صِفَتُهُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ قَدْ يَجِدُ بَقَرَةً سَمِينَةً يَشْتَرِيهَا

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الْبَدَنَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ تَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ، هذا احتراز عن قول بعض المشايخ فإنَّهم قالوا: لا يجزئهما؛ لأن لكل واحدٍ منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي، وقال بعضهم: يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والصدر الشهيد رحمهما الله، ووجه ذلك أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية فهي قربة تبعًا للأضحية فلا يصير لحمًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَوِ اقْتَسَمُوا جُزَافًا لا يَجُوزُ؛ لأن في القسمة معنى التمليك، فلم يجز ذلك مجازفة عند وجود الجنس والوزن، قال: ولا يجوز التحليل أيضًا؛ لأنه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا يجوز، إلى هذا أشار في «الإيضاح».

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنَ الْأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ، يعني: إذا كان مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع، ومع الآخر البعض مع الجلد حتى يصرف الجنس إلى خلاف الجنس.

قوله: وَالِاشْتِرَاكُ هَذِهِ صِفَتُهُ، أي: البيع بطريق التمول.

وفي «المبسوط»: والاشتراك بهذه الصفة يوضحه: أن هذا رجوع منه عن بعض ما

وَلا يَظْفَرُ بِالشُّرَكَاءِ وَقْتَ البَيْعِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُهُمْ بَعْدَهُ فَكَانَتِ الحَاجَةُ إِلَيْهِ مَاسَّةً فَجَوَّزْنَاهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَقَدْ أَمْكَنَ لِأَنَّ بِالشِّرَاءِ لِلتَّضْحِيَةِ لا يَمْتَنِعُ البَيْعُ، وَالأَحْسَنُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ الشِّرَاءِ لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ الخِلَافِ، وَعَنْ صُورَةِ الرُّجُوعِ فِي القُرْبَةِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ – رَحِمَهُ اللهُ – أَنَّهُ يُكْرَهُ الِاشْتِرَاكُ بَعْدَ الشِّرَاءِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَلَيْسَ عَلَى الفَقِيرِ وَالمُسَافِرِ أُضْحِيَةٌ) لِمَا بَيَّنَّا. وَأَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ كَانَا لا يُضَحِّيَانِ إِذَا كَانَا مُسَافِرَيْنِ، وَعَنْ عَلِيٍّ: وَلَيْسَ عَلَى المُسَافِرِ جُمُعَةٌ وَلا أُضْحِيَةٌ.

قَالَ: (وَوَقْتُ الأُضْحِيَةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ)، إِلَّا أَنَّهُ لا يَجُوزُ لِأَهْلِ الأَمْصَارِ الذَّبْحُ حَتَّى يُصَلِّيَ الإِمَامُ العِيدَ، فَأَمَّا أَهْلُ السَّوَادِ فَيَذْبَحُونَ بَعْدَ الفَجْرِ.

تقرب به، وذلك حرامٌ شرعًا.

وجه الاستحسان أنه لو أشركهم معه في الابتداء بأن اشتروا جملة جاز، فكذلك إذا أشركهم بعد الشراء قبل إتمام المقصود؛ وهذا لأن الإنسان قد يبتلى بهذا على ما ذكره في الكتاب؛ لأن بالشراء بالتضحية لا يمتنع البيع.

وقال في «المبسوط»: وإذا اشترى أضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك؛ لأن بنفس الشراء لا تتعين الأضحية قبل أن يوجبها.

قوله: أَنَّهُ يُكْرَهُ الِاشْتِرَاكُ بَعْدَ الشِّرَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: **لِأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلْقُرْبَةِ فَيُمْنَعُ عَنْ بَيْعِهَا**، إلى آخره.

قوله: وَوَقْتُ الأُضْحِيَةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ، إِلَّا أَنَّهُ لا يَجُوزُ لِأَهْلِ الأَمْصَارِ الذَّبْحُ حَتَّى يُصَلِّيَ الإِمَامُ، وهذه العبارة تشير إلى ما ذكره في «المبسوط» بقوله: فمن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يجزئه؛ لعدم الشرط لا لعدم الوقت، ولهذا جازت التضحية في القرى بعد انشقاق الفجر، ودخول الوقت لا يختلف في حق أهل الأمصار والقرى، وإنما يختلفون في وجوب الصلاة فليس على أهل القرى صلاة العيد.

وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ - «مَنْ ذَبَحَ شَاةً قَبْلَ الصَّلاَةِ فَلْيُعِدْ ذَبِيحَتَهُ، وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلاَةِ فَقَدْ تَمَّ نُسُكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ - «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي هَذَا الْيَوْمِ الصَّلاَةُ ثُمَّ الأُضْحِيَّةُ» غَيْرُ أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ فِي حَقِّ مَنْ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَهُوَ الْمِصْرِيُّ دُونَ أَهْلِ السَّوَادِ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لِاحْتِمَالِ التَّشَاغُلِ بِهِ عَنِ الصَّلاَةِ، وَلا مَعْنَى لِلتَّأْخِيرِ فِي حَقِّ الْقَرَوِيِّ وَلا صَلاَةَ عَلَيْهِ، وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي نَفْيِهِمَا الْجَوَازَ بَعْدَ الصَّلاَةِ قَبْلَ نَحْرِ الإِمَامِ، ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ مَكَانُ الأُضْحِيَّةِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ فِي السَّوَادِ وَالْمُضَحِّي فِي الْمِصْرِ يَجُوزُ كَمَا انْشَقَّ الْفَجْرُ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْعَكْسِ لا يَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ الصَّلاَةِ. وَحِيلَةُ الْمِصْرِيِّ إِذَا أَرَادَ التَّعْجِيلَ أَنْ يَبْعَثَ بِهَا إِلَى خَارِجِ الْمِصْرِ فَيُضَحِّيَ بِهَا كَمَا طَلَعَ الْفَجْرُ؛ لِأَنَّهَا تُشْبِهُ الزَّكَاةَ مِنْ حَيْثُ أَنَّهَا تَسْقُطُ بِهَلاكِ الْمَالِ قَبْلَ مُضِيِّ أَيَّامِ النَّحْرِ كَالزَّكَاةِ بِهَلاكِ النِّصَابِ فَيُعْتَبَرُ فِي الصَّرْفِ مَكَانُ الْمَحَلِّ لا مَكَانُ الْفَاعِلِ اعْتِبَارًا بِهَا، بِخِلافِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ لِأَنَّهَا لا تَسْقُطُ بِهَلاكِ الْمَالِ بَعْدَمَا طَلَعَ الْفَجْرُ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ، وَلَوْ ضَحَّى بَعْدَمَا صَلَّى أَهْلُ الْمَسْجِدِ وَلَمْ يُصَلِّ أَهْلُ

قوله: وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي نَفْيِهِمَا الْجَوَازَ بَعْدَ الصَّلاَةِ قَبْلَ نَحْرِ الإِمَامِ، أراد به قوله صلى الله عليه وسلم: «وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلاَةِ فَقَدْ تَمَّ نُسُكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ»، وهو بعمومه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده.

قوله: وَلَوْ ضَحَّى بَعْدَمَا صَلَّى أَهْلُ الْمَسْجِدِ وَلَمْ يُصَلِّ أَهْلُ الْجَبَّانَةِ، ومعنى هذا أن الإمام يخرج بالناس إلى الجبانة، ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع، هكذا فعله عليٌّ رضي الله عنه حين قدم الكوفة.

الجَبَّانَةِ أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهَا صَلَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ، حَتَّى لَوِ اكْتَفَوْا بِهَا أَجْزَأَتْهُمْ وَكَذَا عَلَى عَكْسِهِ. وَقِيلَ هُوَ جَائِزٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا.

قوله: أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهَا صَلَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ، قيَّد بالاستحسان؛ لأنه لا يجزئه قياسًا؛ وذلك لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز، واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك، وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط.

قوله: وَكَذَا عَلَى عَكْسِهِ، أي: لو ضحى بعدما صلَّى أهل الجبانة ولم يصل أهل المسجد يجوز استحسانًا لا قياسًا، كما كان في عكسه.

قوله: وَقِيلَ هُوَ جَائِزٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وقوله: هُوَ، إشارة إلى العكس، يعني: إذا ضحى بعدما صلى أهل الجبانة يجوز قياسًا واستحسانًا وإن لم يصل أهل المسجد، والفرق في هذا بين الأولى والثانية هو أن المسنون في العيد الخروج إلى الجبانة، وأهل الجبانة هم الأصل وقد صلوا، فيجوز قياسًا واستحسانًا، كذا في «المبسوط».

وإن كانت البلدة بلدة لا يصلى فيها صلاة العيد إمَّا لعدم السلطان، أو لغلبة أهل الفتنة، فإنَّهم يضحون في اليوم الأول بعد الزوال، فان قبل ذلك الصلاة مرجوة، فإن فاتت الصلاة إمَّا سهوًا أو عمدًا جاز لهم التضحية في هذا اليوم، فإن خرج الإمام إلى الصلاة من الغد أو بعد الغد وضحى الناس قبل أن يصلي الإمام أو بعدما صلى جاز؛ لأن الشمس إذا زالت في اليوم الأول فاتَ الوقت المسنون، وإنما يصلي الإمام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء فلا يظهر ذلك في حق التضحية.

ولو صلى الإمام صلاة العيد على غير وضوءٍ ولم يعلم به حتى ذبح الناس جازت أضحيتهم، سواء علموا قبل تفرق الناس أو بعد تفرقهم، ومتى علم الإمام ذلك ونادى للصلاة ليعيدها، فمن ذبح قبل أن يعلم ذلك - يعني نداء الإمام - أجزأه، ومن ذبح بعد العلم إن ذبح قبل الزوال لا يجوز، وإن ذبح بعد الزوال جاز؛ لأنه مضى مدَّة وقت الإعادة، كذا في «الذخيرة»، و«فتاوى قاضي خان».

وذكر في «الإيضاح»: ولو صلى الإمام ولم يخطب جاز الذبح؛ لأن صحة الصلاة لا تعلق

قَالَ: (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ: يَوْمُ النَّحْرِ وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ بَعْدَهُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَيَّامُ التَّشْرِيقِ كُلُّهَا أَيَّامُ ذَبْحٍ»، وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَنَّهُمْ قَالُوا: أَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا وَقَدْ قَالُوهُ سَمَاعًا؛ لِأَنَّ الرَّأْيَ لَا يَهْتَدِي إِلَى الْمَقَادِيرِ، وَفِي الْأَخْبَارِ تَعَارُضٌ فَأَخَذْنَا بِالْمُتَيَقَّنِ وَهُوَ الْأَقَلُّ، وَأَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا كَمَا قَالُوا وَلِأَنَّ فِيهِ مُسَارَعَةً إِلَى أَدَاءِ الْقُرْبَةِ وَهُوَ الْأَصْلُ إِلَّا لِمُعَارِضٍ. وَيَجُوزُ الذَّبْحُ فِي لَيَالِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ

لها بالخطبة فكان الذبح صحيحًا بعدها.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ بَعْدَهُ، أي: بعد يوم النحر، أي: يجوز عنده في اليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق، وعندنا لا يجوز، فكان وقت الأضحية عنده أربعة أيام وهي جميع أيام النحر والتشريق، وهذا ضعيف؛ فإن هذه القربة تختص بأيام النحر دون أيام التشريق، ألا ترى أن الأفضل أداؤها في اليوم الأول وهو العاشر من ذي الحجة، وهو يوم النحر لا يوم التشريق، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَيَجُوزُ الذَّبْحُ فِي لَيَالِيهَا، أي: في ليالي أيام النحر، وهاهنا قيدٌ لا بدَّ من معرفته وهو: أن المراد بليالي أيام النحر، هاهنا الليلتان المتوسطتان لا غير، فلا يدخل فيه لا الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة، ولا ليلة الرابع من يوم النحر؛ وذلك لأن وقت الأضحية إنما يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر، ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر، فلا يجوز حينئذٍ في ليلة النحر لا محالة، ولا في ليلة التشريق المحض، ولو لم يذكر هذا القيد لوقع الناس في الغلط بالنظر إلى ظاهر لفظ الكتاب؛ إذ لفظ الجمع وإضافة الليالي إلى أيام النحر يفيدان الجواز في ليلة العاشر، والحكم بخلافه، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

ثم لم يذكر في الكتاب دليل جواز الذبح في لياليها، وذكره في «الإيضاح» وقال: وأمَّا الليالي فهي تبع للأيام فصارت أوقاتًا للذبح فيجوز فيها، إلا أنه يكره الذبح لتعذر استيعاب

لِاحْتِمَالِ الغَلَطِ فِي ظُلْمَةِ اللَّيْلِ، وَأَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ، وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ثَلَاثَةٌ، وَالكُلُّ يَمْضِي بِأَرْبَعَةٍ أَوَّلُهَا نَحْرٌ لا غَيْرُ وَآخِرُهَا تَشْرِيقٌ لا غَيْرُ، وَالمُتَوَسِّطَانِ نَحْرٌ وَتَشْرِيقٌ، وَالتَّضْحِيَةُ فِيهَا أَفْضَلُ مِنَ التَّصَدُّقِ بِثَمَنِ الأُضْحِيَّةِ لِأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً أَوْ سُنَّةً، وَالتَّصَدُّقُ تَطَوُّعٌ مَحْضٌ فَتَفْضُلُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِفَوَاتِ وَقْتِهَا، وَالصَّدَقَةُ

الذبح على الصفة المسنونة، فإنه ربما يزيد وربما ينقص.

قوله: وَالتَّضْحِيَةُ فِيهَا - أي: في أيام النحر - أَفْضَلُ مِنَ التَّصَدُّقِ بِثَمَنِ الأُضْحِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً أَوْ سُنَّةً، أي: واجبةً في ظاهر رواية أصحابنا، وسنةً في أحد قولي أبي يوسف وفي قول الشافعي رحمهما الله.

فإن قلتَ: في لفظ الكتاب اشتباه، وهو أن **قوله:** وَالتَّضْحِيَةُ فِيهَا أَفْضَلُ مِنَ التَّصَدُّقِ، لو كان في حق الغني لا يستقيم **قوله:** أَفْضَلُ؛ إذ لا يجوز عنه التصدق مقام التضحية في أيام النحر أصلًا، لوجوب التضحية عليه عينـًا، فبعد ذلك كيف يصح في حقه استعمال أفعل التفضيل؟ ولو كان هذا في حق الفقير لا يستقيم التعليل **بقوله:** لِأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً أَوْ سُنَّةً؛ لما أن التضحية عن الفقير لا تقع واجبةً ولا سنةً، بل تقع تطوعًا محضـًا.

قلتُ: أراد به مطلق وقوع التضحية أفضل ممَّن ضحى، سواء كان المضحي فقيرًا أو غنيًّا؛ لأن التضحية في حقهما أفضل من التصدق، أمَّا في حق الفقير فظاهر على ما نذكر، وأمَّا في حق الغني فلمَّا كانت الأضحية عليه واجبة كانت جهة الأفضلية فيها ثابتة أيضًا، وهذا كما لو قلتَ: صوم رمضان في وقته أفضل من قضائه، لا شك في استقامة هذا اللفظ، مع أن الصوم على الصحيح المقيم فرض عينًا، وعلى المريض والمسافر ليس بفرض عينًا أداؤه، بل الأفضل لهما الصوم في وقته إذا لم يتضررا به زيادة ضرر يخاف منها، لكن لمَّا كانت جهة الأفضلية شاملة للفريقين من تركه استقام ذلك، فكذلك هاهُنا.

ثم لمَّا كانت الأضحية بطريق الأصالة على الغني، علَّل المسألة بتعليل يستقيم في حقه، إعمالًا للأصل.

يُؤْتَى بِهَا فِي الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا فَنَزَلَتْ مَنْزِلَةَ الطَّوَافِ وَالصَّلَاةِ فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ.

(وَلَوْ لَمْ يُضَحِّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ،

ومثل هذا الذي ذكره من الرواية مذكور في «المبسوط» أيضًا فقال: والأضحية أحب إليَّ من التصدق بمثل قيمتها، والمراد في أيام النحر؛ لأن الواجب التقرب بإراقة الدم فلا يحصل ذلك بالتصدق، ثم قال: ففي حق الموسر الذي يلزمه ذلك لا إشكال أنه لا يجوز له التصدق بقيمته؛ لأنه لا قيمة لإراقة الدم، وإقامة المتقوم مقام ما ليس بمتقوم لا يجوز، وإراقة الدم خالص حق الله تعالى، ولا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله تعالى.

وأمَّا في حق الفقير فالتضحية أفضل؛ لما فيه من الجمع بين التقرب بإراقة الدم والتصدق؛ ولأنه يتمكن من التقرب بالتصدق في سائر الأوقات، ولا يتمكن من التقرب بإراقة الدم إلا في هذه الأيام، فكان أفضل.

قوله: فَنَزَلَتْ مَنْزِلَةَ الطَّوَافِ وَالصَّلَاةِ فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ، أي: الطواف تطوعًا أفضل من صلاة التطوع في حق الآفاقي.

وأمَّا في حق أهل مكة فالصلاة أفضل؛ لما ذكره من المعنى، وهو أن الطواف يفوت في حق الآفاقي فكان هو أفضل من الصلاة التي لا تفوت، وهي صلاة التطوع.

قوله: وَلَوْ لَمْ يُضَحِّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ كَانَ فَقِيرًا ... تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً، وهذا القيد - وهو قيد الإيجاب على نفسه في حق بقاء وجوب التصدق عليه وهو غني بعد مضي أيام النحر - غير مفيد؛ لأنه يجب عليه قضاؤها بالتصدق عند مضي الوقت وإن لم يوجب على نفسه؛ لأنه ذكر في «المبسوط» بقوله:

وأما بعد مضي أيام النحر فقد سقطَ معنى التقرب بإراقة الدم؛ لأنَّها لا تكون قربة إلا في مكان مخصوص وهو الحرم، أو في زمان مخصوص وهو أيام النحر، ولكن يلزمه التصدق بقيمة الأضحية إذا كان ممن تجب عليه الأضحية؛ لأن تقربه في أيام النحر كان باعتبار معنى المالية فيبقى بعد مضيها، والتقرب في المال في غير أيام النحر يكون بالتصدق.

أَوْ كَانَ فَقِيرًا وَقَدِ اشْتَرَى الأُضْحِيَّةَ تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِقِيمَةِ شَاةٍ اشْتَرَى أَوْ لَمْ يَشْتَرِ)؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَى الغَنِيِّ. وَتَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ بِالشِّرَاءِ بِنِيَّةِ التَّضْحِيَةِ عِنْدَنَا، فَإِذَا فَاتَ الوَقْتُ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّصَدُّقُ إِخْرَاجًا لَهُ عَنِ العُهْدَةِ،

ولأنه يتقرب بشيئين: إراقة الدم والتصدق باللحم، وقد عجز عن أحدهما وهو قادر على الآخر، فيأتِي بما يقدر عليه.

وكذا ذكر أيضا في «الذخيرة» وقال: ثم وجوبها بآخر الوقت، حتى أن من كان موسرًا في أيام النحر فلم يضح ومضى الوقت وافتقر بعد مضي أيام النحر، لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة حتى لزمه الإيصاء بها، ولكن فائدة ذلك القيد في حق وجوب التصدق بها حية صحيحة، لا في حق التصدق بقيمتها؛ لأنه لو تصدق بقيمتها في هذه الصورة يجوز أيضًا؛ لأنه ذكر في الفصل الثالث من أضحية «الذخيرة» أن من قال: لله عليَّ أن أضحي شاة، فإن كان موسرًا فعليه أن يضحي شاتين، إلا أن يعني به ما يجب عليه؛ وهذا لأن النذر إيجاب والإيجاب ينصرف إلى غير الواجب ظاهرًا، ولكن يحتمل الصرف إلى الواجب تأكيدًا له، ألا ترى أن من قال: لله عليَّ حجة كان عليه حجتان: حجة الإسلام، وما يوجبه على نفسه بالنذر، إلا إذا عنى بالإيجاب ما هو واجبٌ عليه، كذا هاهنا.

وإن كان فقيرًا فعليه شاة، فإن أيسر كان عليه شاتان: ما أوجب بالنذر، وما وجب باليسار.

وإذا نذر ذبح شاة لا يأكل منها الناذر، فلو أكل فعليه قيمة ما أكل، إلى أن قال: ولو لم يتصدق بتلك الشاة التي أوجبها ولم يذبحها حتى مضى أيام النحر تصدق بعينها حية؛ لأنه وقع اليأس عن التقرب بالإراقة، وقد بقي العينُ مستحق الصرف إلى الله تعالى، والتصدق طريق لذلك فيلزمه التصدق بعينها، وإن تصدق بقيمتها أجزأه أيضًا؛ لأن الواجب هاهنا التصدق بعينها، والتصدق بقيمتها مثل التصدق بعينها فيما هو المقصود فيجوز.

وقوله: أَوْ كَانَ فَقِيرًا، يعني: لو أوجب الفقير على نفسه، أو اشترى شاة بنية الأضحية، وما يتعلق بهذه المسألة من المسائل يأتِي في تفريع قوله: وَلَوِ اشْتَرَاهَا سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبَتْ، إلى آخره، إن شاء الله تعالى.

كَالجُمُعَةِ تُقْضَى بَعْدَ فَوَاتِهَا ظُهْرًا، وَالصَّوْمِ بَعْدَ العَجْزِ فِدْيَةً.

قَالَ: (وَلَا يُضَحِّي بِالعَمْيَاءِ وَالعَوْرَاءِ وَالعَرْجَاءِ الَّتِي لَا تَمْشِي إِلَى المَنْسِكِ وَلَا العَجْفَاءِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «لَا تُجْزِئُ فِي الضَّحَايَا أَرْبَعَةٌ: العَوْرَاءُ البَيِّنُ عَوَرُهَا وَالعَرْجَاءُ البَيِّنُ عَرَجُهَا وَالمَرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي».

قَالَ: (وَلَا تُجْزِئُ مَقْطُوعَةُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ) أَمَّا الأُذُنُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اسْتَشْرِفُوا العَيْنَ وَالأُذُنَ» أَيْ اُطْلُبُوا سَلَامَتَهُمَا. وَأَمَّا الذَّنَبُ فَلِأَنَّهُ عُضْوٌ كَامِلٌ

وقوله: كَالجُمُعَةِ تُقْضَى بَعْدَ فَوَاتِهَا ظُهْرًا، والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه من الأداء بجنس غير جنس الأداء.

قوله: وَلَا يُضَحِّي بِالعَمْيَاءِ، إلى آخره، لمَّا ذكر ما يجوز به الأضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الأضحية، والأصل في هذا أن العيب الفاحش مانع؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، واليسير من العيب غير مانع؛ لأن الحيوان قلما ينجو من العيب اليسير، واليسير ما لا أثر له في لحمها، وللعور أثر في ذلك؛ لأنه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين، وعند قلة العلف يتبين العجف.

ثم العين والأذن منصوصٌ على اعتبارهما، فإذا كانت مقطوعة الأذن لم تجز لانعدام شرط منصوص، وإذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك بالطريق الأوْلَى، كذا في «المبسوط».

المَنْسِك: بالكسر، الموضع الذي يذبح فيه، والفتح قياس من: نسكَ لله تعالى نسكًا ومنسكًا، إذا ذبح لوجهه.

النِّقْي: المخ، ومنه: «نَهى عن أن يضحى بالعجفاء التي لا تُنقي»، أي: ليس بها نِقْي من شدة عجفها.

قوله: «اسْتَشْرِفُوا العَيْنَ وَالأُذُنَ»، أي: تأملوا سلامتهما من آفة جذع أو عور، أو اطلبوهما شريفتين بالتمام والسلامة، كذا في «المغرب».

مَقْصُودٌ فَصَارَ كَالأُذُنِ.

قَالَ: (وَلا الَّتِي ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنِهَا وَذَنَبِهَا، وَإِنْ بَقِيَ أَكْثَرُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ جَازَ)؛ لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ بَقَاءً وَذَهَابًا وَلِأَنَّ العَيْبَ اليَسِيرَ لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَجُعِلَ عَفْوًا، وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي مِقْدَارِ الأَكْثَرِ. فَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْهُ: وَإِنْ قُطِعَ مِنَ الذَّنَبِ أَوِ الأُذُنِ أَوِ العَيْنِ أَوِ الإِلْيَةِ الثُّلُثُ أَوْ أَقَلُّ أَجْزَأَهُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ لَمْ يُجْزِهِ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ تَنْفُذُ فِيهِ الوَصِيَّةُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الوَرَثَةِ فَاعْتُبِرَ قَلِيلًا، وَفِيمَا زَادَ لا تَنْفُذُ إِلَّا بِرِضَاهُمْ فَاعْتُبِرَ كَثِيرًا، وَيُرْوَى عَنْهُ الرُّبُعُ؛ لِأَنَّهُ يَحْكِي حِكَايَةَ الكَمَالِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الصَّلَاةِ، وَيُرْوَى الثُّلُثُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ الوَصِيَّةِ «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا بَقِيَ الأَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ أَجْزَأَهُ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَخْبَرْتُ بِقَوْلِي أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، فَقَالَ

قوله: وَإِنْ قُطِعَ مِنَ الذَّنَبِ أَوِ الأُذُنِ ... الثُّلُثُ أَوْ أَقَلُّ أَجْزَأَهُ، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الأضاحي: هو الأصح، وهذا الذي ذكره هو رواية هشام عن محمد رحمهما الله اعتبارًا بالوصية، فإن الثلث في الوصية كالذي دونه.

قوله: وَيُرْوَى عَنْهُ الرُّبُعُ، يعني: إذا كان الذاهب الربع لا يجوز؛ لأن للربع حكم الكمال، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله.

قوله: وَيُرْوَى الثُّلُثُ، يعني: إذا كان الذاهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من الثلث يجوز؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم سمَّى الثلث كثيرًا في **قوله**: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»، وهو روايةُ بشر عن أبي حنيفة رحمهما الله، كذا في «المبسوط».

قَوْلِي هُوَ قَوْلُكَ. قِيلَ هُوَ رُجُوعٌ مِنْهُ إِلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ قَوْلِي قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِكَ. وَفِي كَوْنِ النِّصْفِ مَانِعًا رِوَايَتَانِ عَنْهُمَا كَمَا فِي انْكِشَافِ العُضْوِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، ثُمَّ مَعْرِفَةُ المِقْدَارِ فِي غَيْرِ العَيْنِ مُتَيَسِّرٌ، وَفِي العَيْنِ قَالُوا: تُشَدُّ العَيْنُ المَعِيبَةُ بَعْدَ أَنْ لا تَعْتَلِفَ الشَّاةُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ثُمَّ يُقَرَّبُ العَلَفُ إِلَيْهَا قَلِيلًا قَلِيلًا، فَإِذَا رَأَتْهُ مِنْ مَوْضِعٍ أُعْلِمَ عَلَى ذَلِكَ المَكَانِ ثُمَّ تُشَدُّ عَيْنُهَا الصَّحِيحَةُ وَقُرِّبَ إِلَيْهَا العَلَفُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى إِذَا رَأَتْهُ مِنْ مَكَان أُعْلِمَ عَلَيْهِ. ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ ثُلُثًا فَالذَّاهِبُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانَ نِصْفًا فَالنِّصْفُ.

قوله: وَقِيلَ مَعْنَاهُ قَوْلِي قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِكَ، أي: قولي الذي هو القول الأول، وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه، كان أقرب إلى قول أبي يوسف رحمه الله الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزاْه، بالنسبة إلى قول من يقول: أن الربع مانع، أو الثلث مانع.

قوله: وَفِي كَوْنِ النِّصْفِ مَانِعًا رِوَايَتَانِ، يعني: لو كان الذاهب نصفًا والباقي نصفًا أيضًا، ذكر في الكتاب أن فيه روايتان، وذكر في «المبسوط» أنه يمنع الجواز مطلقًا فقال:

وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن القلة والكثرة من الأسماء المشتركة، فإذا كان الذاهب أقل من النصف قلنا: إذا قابلت الذاهب بالباقي كان الباقي أكثر، وإذا كان الذاهب أكثر من النصف فإذا قابلته بالباقي كان الذاهب أكثر، وإذا كان الذاهب النصف سواءً لا يجوز؛ لأنه لمَّا استوى المانع والمجوز يترجح المانع احتياطًا، فأمَّا الشق في الأذن فهو عيب يسير، ألا ترى أنه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز.

ومن العلماء من قال: لا يجوز؛ لما رُوي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نَهى أن يضحي بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة»، فالشرقاء: أن يكون الخرق في أذنها طولًا، والخرقاء: أن يكون عرضًا، والمقابلة قطع في مقدم أذنها، والمدابرة قطع في مؤخر أذنها، وتأويل ذلك عندنا إذا كان بعض الأذن مقطوعًا وكان الذاهب أكثر من الثلث؛ لما قلنا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُضَحِّيَ بِالجَمَّاءِ) وَهِيَ الَّتِي لا قَرْنَ لَهَا؛ لِأَنَّ القَرْنَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَقْصُودٌ، وَكَذَا مَكْسُورَةُ القَرْنِ لِمَا قُلْنَا (وَالخَصِيِّ)؛ لِأَنَّ لَحْمَهَا أَطْيَبُ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ مَوْجُوءَيْنِ» (وَالثَّوْلاءِ) وَهِيَ المَجْنُونَةُ، وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ تَعْتَلِفُ؛ لِأَنَّهُ لا يُخِلُّ بِالمَقْصُودِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ لا تَعْتَلِفُ فَلَا تُجْزِئُهُ. وَالجَرْبَاءُ إِنْ كَانَتْ سَمِينَةً جَازَ؛ لِأَنَّ الجَرَبَ فِي الجِلْدِ وَلا نُقْصَانَ فِي اللَّحْمِ، وَإِنْ كَانَتْ مَهْزُولَةً لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الجَرَبَ فِي اللَّحْمِ فَانْتَقَصَ. وَأَمَّا الهَتْمَاءُ وَهِيَ الَّتِي لا أَسْنَانَ لَهَا؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الأَسْنَانِ الكَثْرَةُ وَالقِلَّةُ، وَعَنْهُ إِنْ بَقِيَ مَا يُمْكِنُهُ الِاعْتِلَافُ بِهِ أَجْزَأَهُ لِحُصُولِ المَقْصُودِ. وَالسَّكَّاءُ وَهِيَ الَّتِي لا أُذُنَ لَهَا خِلْقَةً لا تَجُوزُ؛ لِأَنَّ مَقْطُوعَ أَكْثَرِ الأُذُنِ إِذَا كَانَ لا يَجُوزُ فَعَدِيمُ الأُذُنِ أَوْلَى (وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (إِذَا كَانَتْ هَذِهِ العُيُوبُ قَائِمَةً وَقْتَ الشِّرَاءِ، وَلَوِ اشْتَرَاهَا سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبَتْ بِعَيْبٍ مَانِعٍ إِنْ كَانَ غَنِيًّا عَلَيْهِ غَيْرُهَا، وَإِنْ فَقِيرًا تُجْزِئُهُ هَذِهِ) لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَى الغَنِيِّ بِالشَّرْعِ ابْتِدَاءً لا بِالشِّرَاءِ فَلَمْ تَتَعَيَّنْ بِهِ. وَعَلَى الفَقِيرِ بِشِرَائِهِ

يقال: كبش أجم: أي: لا قرنَ له، والأنثى: جَمَّاءِ، وجمعها: جمٌّ.

وكبش أملح: فيه ملحة، وهي بياض تشقه شعيرات سودٌ، وهي من لون الملح.

والوجاء: على فعال، نوع من الخصاء، وهو أن تضرب العروق بحديدة وتطعن فيها من غير إخراج البيضتين، يقال: كبشٌ مَوْجوءٌ، إذا فعل به ذلك.

السكاءُ: من السكك، وهو صِغرُ الأذن، ورجل أسك، وعنز سكاء، وهي عند الفقهاء: التي لا أذن لها إلا الصماخ، كذا في «المغرب».

قوله: وَعَلَى الفَقِيرِ بِشِرَائِهِ بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّةِ فَتَعَيَّبَتْ، أي: فتعيبت هذه الشاة المشتراة بنية

بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّةِ فَتَعَيَّنَتْ، وَلا يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ نُقْصَانِهِ كَمَا فِي نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَعَنْ هَذَا الأَصْلِ قَالُوا: إذَا مَاتَتِ المُشْتَرَاةُ لِلتَّضْحِيَةِ؛ عَلَى المُوسِرِ مَكَانَهَا أُخْرَى وَلا

الأضحية، ثم بتعيُّبها لا يضمن الفقير لما نقص من قيمتها؛ لأن نقصانها لم يكن من فعله، فصار كنقصان النصاب في الزكاة بعد حولان الحول، فإنه لو انتقص النصاب بعدما وجبت فيه الزكاة يسقط من الزكاة بقدره ولا يضمن رب المال؛ لأن نقصانه لم يكن من فعله.

ثم الجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعًا المال لا الذمة، حتى سقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعًا، فكذا في النقصان ينتقض الواجب بقدره من غير ضمان.

وذكر في «الإيضاح»: ولو اشترى أضحية سمينة فعجفت عنده لم يجزه إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا جاز؛ لأن الموسر يجبُ عليه الأضحية في ذمته فلا يخرج عن العهدة إلا إذا كان الفعل على وصف الواجب، وأمَّا الفقير فما وجب عليه في ذمته شيء، ولكن بإيجابه تلك العين، ولو هلكت العين لم يلزمه شيء فكذا إذا انتقض، ولو كان الفقير أوجب على نفسه أضحية لم تجز هذه؛ لأنَّها وجبت في ذمته بإيجابه فصار كالغني.

وقوله: وَعَلَى الفَقِيرِ بِشِرَائِهِ بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّةِ، ذكر في «الذخيرة»: هذا فَصْلٌ اختلفت فيه الروايات، فإشارة «الزيادات» على قول بعض المشايخ رحمهم الله أنَّها تصير واجبة للأضحية موسرًا كان المشتري أو معسرًا.

وفي «النوادر»: عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنَّها لا تصير واجبة بالشراء بنية الأضحية موسرًا كان أو معسرًا، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن المشتري إذا كان موسرًا لا تصير واجبة بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات، وإن كان معسرًا ففي ظاهر رواية أصحابنا تجب، وروى الزعفرانيُّ رحمه الله عن أصحابنا أنَّها لا تجب.

وأشار شمس الأئمة في «شرحه» إلى ما ذكره الزعفراني: واتفقوا على أنَّها بمجرد النية للأضحية لا تصير واجبًا، حتى أن من كان له شاة فنوى أن يضحي بهذه الشاة ولم يذكر بلسانه شيئًا أنَّها لا تصير واجبة للأضحية، ثم إذا وجبت عليه بإيجابه صريحًا، أو بالشراء بنية الأضحية إذا كان المشتري فقيرًا على قول من يقول به، فقبل أن يذبحها تصدق بعينها

شَيْءَ عَلَى الفَقِيرِ، وَلَوْ ضَلَّتْ أَوْ سُرِقَتْ فَاشْتَرَى أُخْرَى ثُمَّ ظَهَرَتِ الأُولَى فِي أَيَّامِ النَّحْرِ عَلَى المُوسِرِ ذَبْحُ إِحْدَاهُمَا وَعَلَى الفَقِيرِ ذَبْحُهُمَا (وَلَوْ أَضْجَعَهَا فَاضْطَرَبَتْ فَانْكَسَرَتْ رِجْلُهَا فَذَبَحَهَا أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا) عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ

على المساكين، فإن تصدق في أيام النحر فعليه مثلها مكانها؛ لأن الواجب عليه التضحية والإراقة، وإنما ينتقل إلى الصدقة إذا وقع اليأس عن التضحية بمضي هذه الأيام، فقبل مُضيّ هذه الأيام تعينت الإراقةُ واجبةً، فإذا تصدق بها فقد فوَّت ما وجب عليه فلزمه مثلها، وإن لم يشتر مثلها حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمتها؛ لأنه وقع اليأسُ عن التضحية والإراقة؛ لأن الإراقة إنما عرفت قربة في زمان مخصوص فتسقط بمضي ذلك الزمان كتكبيرات التشريق، والوقوف بعرفة، وما أشبهه، وانتقلت إلى الصدقة، ولا تجزئ الصدقة الأولى التي كانت في أيام النحر؛ لأنه تصدق قبل سبب الوجوب فلا يجزئه عما يلزمه من التصدق بعد ذلك، ولم يتصدق بتلك الشاة التي أوجبها ولم يذبحها حتى مضت أيام النحر تصدق بعينها حية، وقد ذكرناه.

قوله: وَلَوْ ضَلَّتْ أَوْ سُرِقَتْ، إلى أن قال: عَلَى المُوسِرِ ذَبْحُ إِحْدَاهُمَا وَعَلَى الفَقِيرِ ذَبْحُهُمَا؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء قد تعدد فيتعدد الوجوب، والوجوب على الغني بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب إلا أضحية واحدة، كذا في «الفتاوى الظهيرية».

وقد ذكرنا اختيار شمس الأئمة قول الزعفراني رحمهما الله بأن الفقير إذا اشترى شاة بنية الأضحية لا يجب عليه بمجرد الشراء.

قوله: فَانْكَسَرَتْ رِجْلُهَا، لا فائدة في تخصيص انكسار الرجل؛ لأنَّها لو تعيبت بالعيوب المذكورة من إعورار العين وانقطاع الأذن فالحكم كذلك؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: وإن أصابَها شيء من هذه العيوب في اضطرابها حين اضطجعها للذبح وذبحها على مكانها، فالحكم هكذا.

قوله: أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا، وإنما قيد بقوله: اسْتِحْسَانًا؛ لأنه في القياس لا يجزئه؛ لأن تأدي الواجب بالتضحية لا بالاضطجاع وهي معيبةٌ عند التضحية، فصار كما لو كانت كذلك

رَحِمَهُمَا اللهُ؛ لِأَنَّ حَالَةَ الذَّبْحِ وَمُقَدِّمَاتِهِ مُلْحَقَةٌ بِالذَّبْحِ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ بِهِ اعْتِبَارًا وَحُكْمًا (وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَتْ فِي هَذِهِ الحَالَةِ فَانْفَلَتَتْ ثُمَّ أُخِذَتْ مِنْ فَوْرِهِ، وَكَذَا بَعْدَ فَوْرِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ)؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِمُقَدِّمَاتِ الذَّبْحِ.

قَالَ: (وَالأُضْحِيَةُ مِنَ الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ)؛ لِأَنَّهَا عُرِفَتْ شَرْعًا وَلَمْ تُنْقَلِ التَّضْحِيَةُ بِغَيْرِهَا مِنَ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَلَا مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

قَالَ: (وَيُجْزِئُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ الثَّنِيُّ فَصَاعِدًا، إِلَّا الضَّأْنَ فَإِنَّ الجَذَعَ مِنْهُ يُجْزِئُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إِلَّا أَنْ يُعْسِرَ عَلَى أَحَدِكُمْ فَلْيَذْبَحِ الجَذَعَ مِنَ الضَّأْنِ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نِعْمَتِ الأُضْحِيَّةُ الجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ» قَالُوا: وَهَذَا إِذَا كَانَتْ عَظِيمَةً بِحَيْثُ لَوْ خُلِطَتْ بِالثُّنْيَانِ يَشْتَبِهُ عَلَى النَّاظِرِ مِنْ بَعِيدٍ.

وَالجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ مَا تَمَّتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِي مَذْهَبِ الفُقَهَاءِ، وَذَكَرَ الزَّعْفَرَانِيُّ

قبل حالة الاضطجاع.

وفي الاستحسان يجزئه؛ لأن هذا لا يستطاع الامتناع منه، فقد ينقلب السكين من يده فيصيب عينها فيجعل ذلك عفوًا لدفع الحرج، ولأنه اضطجعها ليتقرب بإتلافها، فتلف جزء منها في هذه الحالة من عمل التقرب فلا يمنع الجواز، بخلاف ما قبل الاضطجاع.

وعن أبي يوسف رحمه الله قال: إذا أصابها ذلك في يوم النحر، ثم ضحى بها بعد ذلك بيوم أو يومين جاز؛ لأنه جاء وقت إتلافها تقربًا فتلف جزء منها في هذه الحالة لا يمنع الجواز، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ مَا تَمَّتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِي مَذْهَبِ الفُقَهَاءِ، وإنما قيَّد بمذهب الفقهاء؛ لأن عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما تمَّت له سنة، كذا بخط الإمام الزرنوجي رحمه الله تعالى.

أَنَّهُ ابْنُ سَبْعَةِ أَشْهُرٍ. وَالثَّنِيُّ مِنْهَا وَمِنَ المَعَزِ سَنَةٌ، وَمِنَ البَقَرِ ابْنُ سَنَتَيْنِ، وَمِنَ الإِبِلِ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ، وَيَدْخُلُ فِي البَقَرِ الجَامُوسُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ، وَالمَوْلُودُ بَيْنَ الأَهْلِيِّ وَالوَحْشِيِّ يَتْبَعُ الأُمَّ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ، حَتَّى إِذَا نَزَا الذِّئْبُ عَلَى الشَّاةِ يُضَحَّى بِالوَلَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى سَبْعَةٌ بَقَرَةً لِيُضَحُّوا بِهَا فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ النَّحْرِ وَقَالَتِ الوَرَثَةُ اذْبَحُوهَا عَنْهُ وَعَنْكُمْ أَجْزَأَهُمْ، وَإِنْ كَانَ شَرِيكُ السِّتَّةِ نَصْرَانِيًّا أَوْ رَجُلًا يُرِيدُ اللَّحْمَ لَمْ يُجْزِ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ) وَوَجْهُهُ أَنَّ البَقَرَةَ تَجُوزُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَلَكِنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُ الكُلِّ القُرْبَةَ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ جِهَاتُهَا كَالأُضْحِيَّةِ وَالقِرَانِ وَالمُتْعَةِ عِنْدَنَا لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ وَهُوَ القُرْبَةُ، وَقَدْ وُجِدَ هَذَا الشَّرْطُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الضَّحِيَّةَ عَنِ الغَيْرِ عُرِفَتْ قُرْبَةً؛ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - ضَحَّى

وفي «المغرب»: الجذع من البهائم قبل الثني، إلا أنه في الإبل قبل السنة الخامسة، ومن البقر والشاة في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة، وعن الزهري: الجذع من المعز لسنةٍ، ومن الضأن لثمانية أشهر، ثم الثني من الإبل الذي أثنى، أي: ألقى ثنيته، وهو ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة، ومن الضأن ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة، ومن الحافر ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع.

وقال بعضهم فيه شعر:

الثنايا ابن حول وابن ضعف * وابن خمس من ذوي ظلف وخف

قوله: لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ، وذكر في «الإيضاح»: لأن جانبها مرجح على جانب الفحل؛ لأنه يتخلق فيها.

قوله: وَقَالَتِ الوَرَثَةُ، أي: الكبار منهم.

عَنْ أَمَتِهِ عَلَى مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ النَّصْرَانِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، وَكَذَا قَصْدُ اللَّحْمِ يُنَافِيهَا. وَإِذَا لَمْ يَقَعِ البَعْضُ قُرْبَةً وَالإِرَاقَةُ لا تَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ القُرْبَةِ لَمْ يَقَعِ الكُلُّ أَيْضًا فَامْتَنَعَ الجَوَازُ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالإِتْلَافِ فَلَا يَجُوزُ عَنْ غَيْرِهِ كَالإِعْتَاقِ عَنِ المَيِّتِ.

لَكِنَّا نَقُولُ: القُرْبَةُ قَدْ تَقَعُ عَنِ المَيِّتِ كَالتَّصَدُّقِ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِلزَامَ الوَلَاءِ عَلَى المَيِّتِ (فَلَوْ ذَبَحُوهَا عَنْ صَغِيرٍ فِي الوَرَثَةِ أَوْ أُمِّ وَلَدٍ جَازَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ قُرْبَةٌ (وَلَوْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَذَبَحَهَا البَاقُونَ بِغَيْرِ إِذْنِ الوَرَثَةِ لا تُجْزِيهِمْ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ بَعْضُهَا قُرْبَةً، وَفِيمَا تَقَدَّمَ وُجِدَ الإِذْنُ مِنَ الوَرَثَةِ فَكَانَ قُرْبَةً.

قَالَ: (وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الأُضْحِيَّةِ وَيُطْعِمُ الأَغْنِيَاءَ وَالفُقَرَاءَ وَيَدَّخِرُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ

قوله: لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالإِتْلَافِ فَلَا يَجُوزُ عَنْ غَيْرِهِ كَالإِعْتَاقِ عَنِ المَيِّتِ، وإذا لم يجز في نصيبه لم يجز في نصيب الشركاء، وفي الاستحسان يجوز؛ لأن معنى القربة حصل في إراقة الدم، فإن التبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق، وإنما لا يجوز العتق لما فيه من إلزام الولاء وذلك غير موجودة في الأضحية.

وعلى هذا إذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاها، أو صغيرًا ضحى عنه أبوه، ولا خلاف أنه ليس على المولى أن يضحي عن أحد من مماليكه، فإن تبرع ذلك جاز، وإذا جعله شريكا في بدنةٍ ففيه قياس واستحسان، كذا في «المبسوط».

وبهذا يعلم أن معنى قوله: فَلَوْ ذَبَحُوهَا عَنْ صَغِيرٍ فِي الوَرَثَةِ أَوْ أُمِّ وَلَدٍ جَازَ، أي: ولو كان أحد الشركاء صغيرًا أو أم ولد.

قوله: وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الأُضْحِيَّةِ وَيُطْعِمُ الأَغْنِيَاءَ وَالفُقَرَاءَ، إلى قوله: جَازَ أَنْ يُؤَكِّلَهُ

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الأَضَاحِيِّ فَكُلُوا مِنْهَا وَادَّخِرُوا» وَمَتَى جَازَ أَكْلُهُ وَهُوَ غَنِيٌّ جَازَ أَنْ يُؤَكِّلَهُ غَنِيًّا.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لا يَنْقُصَ الصَّدَقَةَ عَنِ الثُّلُثِ)؛ لِأَنَّ الجِهَاتِ ثَلَاثَةٌ: الأَكْلُ وَالِادِّخَارُ لِمَا رَوَيْنَا، وَالإِطْعَامُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَطْعِمُوا القَانِعَ وَالمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا.

قَالَ: (وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا)؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا (أَوْ يَعْمَلُ مِنْهُ آلَةً تُسْتَعْمَلُ فِي البَيْتِ) كَالنِّطْعِ وَالجِرَابِ وَالغِرْبَالِ وَنَحْوِهَا؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِهِ غَيْرُ مُحَرَّمٍ (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ فِي البَيْتِ مَعَ بَقَائِهِ) اسْتِحْسَانًا، وَذَلِكَ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا؛ لِأَنَّ لِلْبَدَلِ حُكْمَ المُبْدَلِ، (وَلا يَشْتَرِي بِهِ مَا لا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ كَالخَلِّ

غَنِيًّا، وهذا الذي ذكره في أضحية الغني بدون النذر، وأمَّا في الأضحية المنذورة سواء كانت من الغني أو الفقير فليس لصاحبها أن يأكل ولا أن يؤكل الغني؛ لأن سبيلها التصدق، وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته، إلى هذا أشار في «الذخيرة» وقال:

إذا نذر ذبح شاةٍ لا يأكل منها الناذر، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل.

وقوله: لِمَا رَوَيْنَا، أراد به قوله صلى الله عليه وسلم: «فَكُلُوا مِنْهَا وَادَّخِرُوا».

وقوله: وَالإِطْعَامُ، معطوف على قوله: الأَكْلُ وَالِادِّخَارُ، أي: الجهات ثلاث، إلا أن الاثنين ثبتا بالحديث، والثالثة: وهي الإطعام ثبت بالكتاب.

القَانِع: السائل من القنوع لا من القناعة، وَالمُعْتَرّ: الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل.

قوله: كَالجِرَابِ وَالغِرْبَالِ، وكذا له أن يشتري بجلد الأضحية ثوبًا يلبسه، ولا يشتري به الخل والمدى، وكذلك لا يشتري به اللحم، ولا بأس ببيعه بالدراهم ليتصدق بها، وليس له أن يبيعها بالدراهم لينفقها على نفسه.

وَالأَبَازِيرِ) اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ بِالدَّرَاهِمِ. وَالمَعْنَى فِيهِ أَنَّهُ تَصَرُّفٌ عَلَى قَصْدِ التَّمَوُّلِ، وَاللَّحْمُ بِمَنْزِلَةِ الجِلْدِ فِي الصَّحِيحِ، فَلَوْ بَاعَ الجِلْدَ أَوِ اللَّحْمَ بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِمَا لا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ تَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ؛ لِأَنَّ القُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَى بَدَلِهِ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ بَاعَ جِلْدَ أُضْحِيَّتِهِ فَلَا أُضْحِيَّةَ لَهُ» يُفِيدُ كَرَاهَةَ البَيْعِ، البَيْعُ جَائِزٌ لِقِيَامِ المِلْكِ وَالقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ.

قَالَ: (وَلا يُعْطِي أُجْرَةَ الجَزَّارِ مِنَ الأُضْحِيَّةِ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - تَصَدَّقْ بِجِلَالِهَا وَخِطَامِهَا وَلا تُعْطِ أَجْرَ الجَزَّارِ مِنْهَا شَيْئًا» وَالنَّهْيُ عَنْهُ نَهْيٌ عَنِ البَيْعِ أَيْضًا؛

وفي «الأجناس»: لو أراد بيع لحم الأضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك، وليس له في اللحم إلا أن يطعم أو يأكل.

فصار حاصل الجواب في الجلد أنه لو باعه بشيءٍ ينتفع به بعينه يجوز، ولو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد ما استهلكه لا يجوز أصلًا، سواء باعه بشيءٍ ينتفع به بعينه، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

وذكر شمس الإسلام رحمه الله: أن الجواب في اللحم كالجواب في الجلد، إن باعه بشيءٍ ينتفع به بعينه يجوز، وتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه لو اشترى باللحم ثوبًا فلا بأس بلبسه، كذا في «الذخيرة».

الأَبَازِير: التوابل، أفزار، جمع أبزار بالفتح.

وقوله: فِي الصَّحِيحِ، احتراز عما ذكره في «الذخيرة» محالًا إلى «الأجناس»، وقد ذكرناه.

قوله: لِأَنَّ القُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَى بَدَلِهِ؛ ولأن معنى التمول سقط عن الأضحية، فإذا تمولها بالبيع وجب التصدق، كذا في «الإيضاح».

لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجُزَّ صُوفَ أُضْحِيَّتِهِ وَيَنْتَفِعَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَهَا)؛ لِأَنَّهُ الْتَزَمَ إِقَامَةَ الْقُرْبَةِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الذَّبْحِ؛ لِأَنَّهُ أُقِيمَتِ الْقُرْبَةُ بِهَا كَمَا فِي الْهَدْيِ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَحْلُبَ لَبَنَهَا فَيَنْتَفِعَ بِهِ كَمَا فِي الصُّوفِ.

قَالَ: (وَالأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ يُحْسِنُ الذَّبْحَ) وَإِنْ كَانَ لا يُحْسِنُهُ فَالأَفْضَلُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِغَيْرِهِ، وَإِذَا اسْتَعَانَ بِغَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَهَا بِنَفْسِهِ «لِقَوْلِهِ

قوله: لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ؛ لأن كل واحدٍ منهما معاوضة؛ لأنه إنما يعطى الجزار بمقابلة جزره، والبيع مكروه فكذا ما هو في معناه.

قوله: كَمَا فِي الصُّوفِ، أي: كما يكره له الانتفاع بصوفها؛ وهذا لأن اللبن يتولد من عينها، وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئاً منها إلى منفعة نفسه قبل أن تبلغ محلها، ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص اللبن فلا يتأذى به، إلا أن هذا إنما ينتفع إذا كان بقرب من أيام النحر، فأمَّا إذا كان بالبعد فلا يفيد هذا؛ لأنه ينزل ثانيًا وثالثًا بعد ما يتقلص، ولكن ينبغي أن يحلبها ويتصدق باللبن، كالهدي إذا عطب قبل أن يبلغ محله فإن عليه أن يذبحه ويتصدق بلحمه، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح»: ومن أصحابنا من قال: بأن هذا - أي: كراهة حلب لبن الأضحية وجزّ صوفها - في الشاة أو في الناقة التي أوجبها وليست بواجبة، كالمعسر إذا اشترى أضحية، فأمَّا الموسر إذا عين أضحية فلا بأس بالحلب والجز؛ لأن الوجوب لم يتعين فيها، وإنما هو واجبٌ في ذمته ويسقط عنه بالذبح، فقبل الذبح صارت هذه وغيرها سواءً.

قوله: وَالأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَهُ بِيَدِهِ، وإن أمر غيره لم يضره؛ لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أنه ساق مائة بدنةٍ فنحر منها بيده نيفًا وستين، ثم أعطى الحربة عليًا رضي الله عنه فنحر الباقي»؛ ولأن الذبح عبادة فكان مباشرته بنفسه أفضل.

- عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - لِفَاطِمَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - قُومِي فَاشْهَدِي أُضْحِيَّتَكِ، فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَكِ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا الكِتَابِيُّ)؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ هُوَ قُرْبَةٌ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، فَلَوْ أَمَرَهُ فَذَبَحَ جَازَ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ، وَالقُرْبَةُ أُقِيمَتْ بِإِنَابَتِهِ وَنِيَّتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَ المَجُوسِيَّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ فَكَانَ إِفْسَادًا.

قَالَ: (وَإِذَا غَلِطَ رَجُلَانِ فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ الآخَرِ أَجْزَأَ عَنْهُمَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ مَنْ ذَبَحَ أُضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا، وَلَا يُجْزِئُهُ عَنِ الأُضْحِيَّةِ فِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يَجُوزُ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الذَّابِحِ، وَهُوَ قَوْلُنَا. وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهُ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَيَضْمَنُ، كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةً اشْتَرَاهَا القَصَّابُ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا تَعَيَّنَتْ لِلذَّبْحِ لِتَعَيُّنِهَا لِلْأُضْحِيَّةِ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا بِعَيْنِهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ. وَيُكْرَهُ أَنْ يُبْدِلَ بِهَا غَيْرَهَا فَصَارَ المَالِكُ مُسْتَعِينًا بِكُلِّ

قوله: فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَكَ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ، وتمام الحديث: «أما إنه يُجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفًا، فقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة؟ فقال صلى الله عليه وسلم: لأهل محمد خاصة وللمسلمين عامة»، هذا كله من «الإيضاح».

قوله: حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا بِعَيْنِهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ، أي: فيما إذا كان المضحي فقيرًا.

قوله: وَيُكْرَهُ أَنْ يُبْدِلَ بِهَا غَيْرَهَا، أي: فيما إذا كان غنيًّا، هكذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

مَنْ يَكُونُ أَهْلًا لِلذَّبْحِ آذِنًا لَهُ دَلَالَةً؛ لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِمُضِيِّ هَذِهِ الأَيَّامِ، وَعَسَاهُ يَعْجَزُ عَنْ إِقَامَتِهَا بِعَوَارِضَ فَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةً شَدَّ القَصَّابُ رِجْلَهَا.

فَإِنْ قِيلَ: يَفُوتُهُ أَمْرٌ مُسْتَحَبٌّ وَهُوَ أَنْ يَذْبَحَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ يَشْهَدَ الذَّبْحَ فَلَا يَرْضَى بِهِ.

قُلْنَا: يَحْصُلُ لَهُ بِهِ مُسْتَحَبَّانِ آخَرَانِ، صَيْرُورَتُهُ مُضَحِّيًا لِمَا عَيَّنَهُ، وَكَوْنُهُ مُعَجِّلًا بِهِ فَيَرْتَضِيهِ، وَلِعُلَمَائِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - مِنْ هَذَا الجِنْسِ مَسَائِلُ اسْتِحْسَانِيَّةٌ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ طَبَخَ لَحْمَ غَيْرِهِ أَوْ طَحَنَ حِنْطَتَهُ أَوْ رَفَعَ جَرَّتَهُ فَانْكَسَرَتْ أَوْ حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَعَطِبَتْ كُلُّ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَمْرِ المَالِكِ يَكُونُ ضَامِنًا، وَلَوْ وَضَعَ المَالِكُ اللَّحْمَ فِي القِدْرِ وَالقِدْرَ عَلَى الكَانُونِ وَالحَطَبَ تَحْتَهُ، أَوْ جَعَلَ الحِنْطَةَ فِي الدَّوْرَقِ وَرَبَطَ الدَّابَّةَ عَلَيْهِ، أَوْ رَفَعَ الجَرَّةَ وَأَمَالَهَا إِلَى نَفْسِهِ أَوْ حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَسَقَطَ فِي الطَّرِيقِ، فَأَوْقَدَ هُوَ النَّارَ فِيهِ وَطَبَخَهُ، أَوْ سَاقَ الدَّابَّةَ فَطَحَنَهَا، أَوْ أَعَانَهُ عَلَى رَفْعِ الجَرَّةِ فَانْكَسَرَتْ فِيمَا بَيْنَهُمَا، أَوْ حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ مَا سَقَطَ فَعَطِبَتْ لَا يَكُونُ ضَامِنًا فِي هَذِهِ الصُّوَرِ كُلِّهَا اسْتِحْسَانًا لِوُجُودِ الإِذْنِ دَلَالَةً.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ: ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ صَرِيحًا فَهِيَ خِلَافِيَّةُ زُفَرَ بِعَيْنِهَا وَيَتَأَتَّى فِيهَا القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَسْلُوخَةً مِنْ صَاحِبِهِ، وَلَا يُضَمِّنُهُ لِأَنَّهُ وَكِيلُهُ فِيمَا فَعَلَ دَلَالَةً، فَإِذَا كَانَا قَدْ أَكَلَا ثُمَّ عَلِمَا فَلْيُحَلِّلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَيُجْزِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَطْعَمَهُ فِي الِابْتِدَاءِ يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَكَذَا لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهُ فِي الِانْتِهَاءِ،

قوله: آذِنًا لَهُ دَلَالَةً، ثم الإذن دلالةً كالإذن صريحـًا، كما في شرب ماء السقاية ونظائره.

وَإِنْ تَشَاحًا فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُضَمِّنَ صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِتِلْكَ الْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنِ اللَّحْمِ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ أُضْحِيَّتَهُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ التَّضْحِيَةَ لَمَّا وَقَعَتْ عَنْ صَاحِبِهِ كَانَ اللَّحْمُ لَهُ وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أُضْحِيَّةِ غَيْرِهِ كَانَ الْحُكْمُ مَا ذَكَرْنَاهُ (وَمَنْ غَصَبَ شَاةً فَضَحَّى بِهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا وَجَازَ عَنْ أُضْحِيَّتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِسَابِقِ الْغَصْبِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أُودِعَ شَاةً فَضَحَّى بِهَا؛ لِأَنَّهُ يُضَمِّنُهُ بِالذَّبْحِ فَلَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ لَهُ إِلَّا بَعْدَ الذَّبْحِ، وَاللهُ أَعْلَمُ

قوله: فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ أُضْحِيَّتَهُ، يعني: أنه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى يتصدق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر يتصدق بثمنها كله.

قوله: وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أُضْحِيَّةِ غَيْرِهِ، هذا يتصل بما قبله، يعني: عند تشاحّهما عن التحليل كان كل واحدٍ منهما متلفًا لحم أضحية صاحبه، وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أُضْحِيَّةِ غَيْرِهِ كان لصاحب اللحم أن يضمن المتلف قيمة لحم أضحية ثم يتصدق بتلك القيمة، فكذلك هاهُنا.

وقوله: كَانَ الْحُكْمُ مَا ذَكَرْنَاهُ، أراد به قوله: وَإِنْ تَشَاحًا فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُضَمِّنَ صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ)

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية؛ لأن عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع يرد فيه الكراهية، ألا ترى أن في وقت الأضحية من ليالي أيام النحر، وفي التصرف في الأضحية بجز الصوف وحلب اللبن، وفي إقامة غيره مقامه كما في ذبح الكتابي، وغيرها من المسائل كيف تحققت الكراهة، وفي كتاب الكراهية أيضًا كذلك.

ثم إنما اختص هذا الكتاب هنا وفي «الجامع الصغير»، و«شرح الطحاوي» بلفظ الكراهية، وفي بعض الكتب بلفظ الحظر والإباحة، كما هو المذكور في «الإيضاح»، و«التحفة»، و«التتمة»، و«فتاوى قاضي خان»، وفي بعض الكتب بلفظ الاستحسان كما هو المذكور في «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«المغني»؛ لما أن مسائل هذا الكتاب من أجناس مختلفة ليست من جنسٍ واحدٍ كمسائل الأضحية وغيرها، فلقب في هذه المواضع باسم معنى ذلك الاسم يوجد في عامة مسائله من الكراهية، والحظر والإباحة، والاستحسان، وخص في «المبسوط» بالاستحسان وإن كان القياس ثابتًا في مقابلته؛ لما أن المعمول فيه جانب الاستحسان.

ثم محاسن مسائل هذا الكتاب راجعة إلى ما هو المذكور من محاسن كل جنس في كتابه، وكذا سببها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

وأمَّا معنى الكراهية لغةً: فضد الرضى والإرادة، وفي «المصادر»: الكراهة والكراهية: (بَدِلْ دُشْوَار داشْتَن).

وأمَّا معناها عند أهل الفقه فما هو المذكور في الكتاب.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: تَكَلَّمُوا فِي مَعْنَى المَكْرُوهِ. وَالمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ نَصًّا أَنَّ كُلَّ مَكْرُوهٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا قَاطِعًا لَمْ يُطْلِقْ عَلَيْهِ لَفْظَ الحَرَامِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِلَى الحَرَامِ أَقْرَبُ، وَهُوَ يَشْتَمِلُ عَلَى فُصُولٍ: مِنْهَا:

(فَصْلٌ فِي الأَكْلِ وَالشُّرْبِ)

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُكْرَهُ لُحُومُ الأُتُنِ وَالبَانُهَا وَأَبْوَالُ الإِبِلِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لا بَأْسَ بِأَبْوَالِ الإِبِلِ) وَتَأْوِيلُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِهَا لِلتَّدَاوِي، وَقَدْ بَيَّنَّا هَذِهِ الجُمْلَةَ فِيمَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَالذَّبَائِحِ فَلَا نُعِيدُهَا، وَاللَّبَنُ مُتَوَلِّدٌ مِنَ اللَّحْمِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ.

فصل في الأكل والشرب

قوله: وَاللَّبَنُ مُتَوَلِّدٌ مِنَ اللَّحْمِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ، أي: فيما لا يختلف ما هو المطلوب من كل واحدٍ منهما فلا بد من ذكر هذه الزيادة، وإلا يلزم نقضًا على هذا الأصل لبن الخيل على قول أبي حنيفة رحمه الله في رواية هذا الكتاب، حيث جعل شرب لبنه حلالًا ممًّا لا بأس به وأكل لحمه محرمًا، مع أن هناك لبن الخيل متولد من لحمه أيضًا فلم يأخذ لبنه حكم لحمه؛ لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن، فكان شربه ممًّا لا بأس به لذلك.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالِادِّهَانُ وَالتَّطَيُّبُ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الَّذِي يَشْرَبُ فِي إِنَاءِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ «إِنَّمَا يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ» «وَأُتِيَ أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بِشَرَابٍ فِي إِنَاءِ فِضَّةٍ فَلَمْ يَقْبَلْهُ وَقَالَ: نَهَانَا عَنْهُ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -»، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فِي الشُّرْبِ فَكَذَا فِي الِادِّهَانِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ؛ وَلِأَنَّهُ تَشَبُّهٌ بِزِيِّ المُشْرِكِينَ وَتَنَعُّمٌ بِنِعَمِ المُتْرَفِينَ وَالمُسْرِفِينَ، وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُكْرَهُ وَمُرَادُهُ التَّحْرِيمُ وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ لِعُمُومِ النَّهْيِ، وَكَذَلِكَ الأَكْلُ بِمِلْعَقَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالِاكْتِحَالُ بِمِيلِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَكَذَا مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ كَالمُكْحُلَةِ وَالمِرْآةِ وَغَيْرِهِمَا لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِاسْتِعْمَالِ آنِيَةِ الرَّصَاصِ وَالزُّجَاجِ وَالبَلُّورِ وَالعَقِيقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ فِي التَّفَاخُرِ بِهِ. قُلْنَا: لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَا كَانَ

الجرجرة: بانك كردن وريختن، فعلى الأول **قوله:** «نَارُ جَهَنَّمَ» بالرفع، وعلى الباقي بالنصب، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

واختار في «المغرب» النصب فقال: هكذا كان محفوظاً من الثقات بنصب الراء، ومعناه: يُرَدِّدُها، من جَرْجَرَ الفحلُ، إذا ردد صوته في حنجرته.

قوله: لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ، أي: لأن الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها؛ لأن كلًّا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال.

قيل: صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصبُّ الدهن على الرأس، أمَّا إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبَّه على الرأس من اليد لا يكره، كذا ذكره صاحب «الذخيرة»، في «الجامع الصغير».

مِنْ عَادَتِهِمُ التَّفَاخُرُ بِغَيْرِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الشُّرْبُ فِي الإِنَاءِ المُفَضَّضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَالرُّكُوبُ عَلَى السَّرْجِ المُفَضَّضِ وَالجُلُوسُ عَلَى الكُرْسِيِّ المُفَضَّضِ وَالسَّرِيرِ المُفَضَّضِ إِذَا كَانَ يَتَّقِي مَوْضِعَ الفِضَّةِ) وَمَعْنَاهُ: يَتَّقِي مَوْضِعَ الفَمِ، وَقِيلَ هَذَا وَمَوْضِعُ اليَدِ فِي الأَخْذِ وَفِي السَّرِيرِ وَالسَّرْجِ مَوْضِعُ الجُلُوسِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكْرَهُ ذَلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ يُرْوَى مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيُرْوَى مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الإِنَاءُ المُضَبَّبُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالكُرْسِيُّ المُضَبَّبُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا جَعَلَ ذَلِكَ فِي السَّيْفِ وَالمِشْحَذِ وَحَلْقَةِ المَرْآةِ، أَوْ جَعَلَ المُصْحَفَ مُذَهَّبًا أَوْ مُفَضَّضًا،

المُفَضَّض: أي المرصع بالفضة، يعني: (سم لوفت).

قوله: وَيَجُوزُ الشُّرْبُ فِي الإِنَاءِ المُفَضَّضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، هذا إذا وضع فمه على العود دون الفضة، وكرهه أبو يوسف رحمه الله، ويُروى قول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله، هكذا ذكره القاضي الإمام الإسبيجابي.

قوله: وَقِيلَ هَذَا - أي: الفم، أي: يَتَّقِي مَوْضِعَ الفَمِ - وَمَوْضِعُ اليَدِ ... وَفِي السَّرِيرِ وَالسَّرْجِ مَوْضِعُ الجُلُوسِ، أي: يتقي موضع الجلوس.

قوله: وَيُرْوَى مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، هكذا ذكره القاضي الإمام أبو عاصم العامري رحمه الله.

يقال: باب مضبَّبٌ، أي مشدود بالضباب جمع ضبَّة، وهي حديدتة العريضة التي يضب بها، ومنه ضبَّ أسنانه بالفضة إذا شدَّها بها، كذا في «المغرب».

وذكر في «الذخيرة» الضبَّة: الذهب العريض، أو الفضة العريضة يجعل على وجه الباب وما أشبه ذلك.

وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي اللِّجَامِ وَالرِّكَابِ وَالثَّفَرِ إِذَا كَانَ مُفَضَّضًا، وَكَذَا الثَّوْبُ فِيهِ كِتَابَةٌ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ عَلَى هَذَا، وَهَذَا الِاخْتِلَافُ فِيمَا يَخْلُصُ، فَأَمَّا التَّمْوِيهُ الَّذِي لَا يَخْلُصُ فَلَا بَأْسَ بِهِ بِالإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ مُسْتَعْمِلَ جُزْءٍ مِنَ الإِنَاءِ مُسْتَعْمِلَ جَمِيعِ الأَجْزَاءِ فَيُكْرَهُ، كَمَا إِذَا اسْتَعْمَلَ مَوْضِعَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ ذَلِكَ تَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّوَابِعِ فَلَا يُكْرَهُ. كَالجُبَّةِ المَكْفُوفَةِ بِالحَرِيرِ وَالعَلَمِ فِي الثَّوْبِ وَمِسْمَارِ الذَّهَبِ فِي الفَصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا أَوْ خَادِمًا فَاشْتَرَى لَحْمًا فَقَالَ اشْتَرَيْتُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ وَسِعَهُ أَكْلُهُ)؛ لِأَنَّ قَوْلَ الكَافِرِ مَقْبُولٌ فِي المُعَامَلَاتِ؛

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ ذَلِكَ تَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّوَابِعِ، وحُكي أن هذه المسألة وقعت في دار أبي جعفر الدوانقي بحضرة أبي حنيفة رحمهما الله وأئمة عصره، فقالت الأئمة: يكره، فقيل لأبي حنيفة رحمه الله: ما تقول؟ فقال: إن وضع فمه على الفضة يكره، وإلا فلا، فقيل له: ما الحجة فيه؟ فقال: أرأيتَ لو كان في الأصبع خاتم فضة فشرب من كفه أيكره؟ فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا أَوْ خَادِمًا فَاشْتَرَى لَحْمًا فَقَالَ اشْتَرَيْتُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ وَسِعَهُ أَكْلُهُ، إلى أن قال: وَإِنْ قَالَ غَيْرَ ذَلِكَ لَمْ يَسَعْهُ أَكْلُهُ.

فإن قلتَ: هذه المسألة مناقضة لمسألة ذكرها بعدها وهي قوله: ولا يقبل في الديانات إلا العدل، أراد بالعدل: المسلم المرضي على ما ذكر بعده، ثم قال: وَمِنْهَا الحِلُّ وَالحُرْمَةُ، أي: ومن الديانات الحل والحرمة، وقد شرط هناك في قبول خبر المخبر في الديانات الإسلام، كما لو أخبر بأن هذا حلال أو حرام، وذكر هاهنا قبول خبر المخبر في الحل والحرمة وإن كان المخبر مجوسيًّا.

لِأَنَّهُ خَبَرٌ صَحِيحٌ لِصُدُورِهِ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ يُعْتَقَدُ فِيهِ حُرْمَةُ الكَذِبِ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى قَبُولِهِ لِكَثْرَةِ وُقُوعِ المُعَامَلَاتِ (وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ) مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ ذَبِيحَةَ غَيْرِ الكِتَابِيِّ وَالمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَبِلَ قَوْلَهُ فِي الحِلِّ أَوْلَى أَنْ يَقْبَلَ فِي الحُرْمَةِ.

وإنما قلتُ: إن هاهنا إخبار في الحل والحرمة؛ لأن قوله: اشْتَرَيْتُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ، معناه: أن هذا لحم حلال لك أكله، وقوله: اشتريتُه من غيرهم، معناه: أن هذا لحم حرامٌ عليك أكله، فقبل خبره في هذا وإن كان مجوسيًّا، فما وجه دفع هذه المناقضة؟

قلتُ: إنَّهما يُتَرايان متناقضين على ما ذكرتَ، ولكن عند التحقيق لا مناقضة بينهما؛ وذلك لأن فيما نحن بصدده وهو إخبار المجوسي بأنِّي: اشْتَرَيْتُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ، إلى آخره، إثبات الحل ضمني، وكذلك لو قال: اشتريته من غيرهم إثبات الحرمة فيه ضمني، أمَّا لو قال: بأن هذا حلال، أو: بأن هذا حرام، إثبات الحل والحرمة فيهما قصدي، فلم يلزم فيما ثبت الحكم في شيءٍ ضمناً لزومه فيما ثبت قصدًا، كوقف المنقول فإنه يصح ضمنًا لغير المنقول ولا يصح قصدًا، وكبيع الشرب وغيره.

والدليل على التغاير بينهما هو أنه جعل قول المجوسي بأنِّي اشتريتُه من يهودي أو نصرانِي أو مسلم، أو اشتريتُه من غيرهم من قبيل الإخبار في المعاملات، وجعل خبر المخبر: بأن هذا حلال، أو: بأن هذا حرام، من قبيل الإخبار في الديانات، وتغايرهما بِهذا الطريق ليس إلا باعتبار أن ثبوت الحل والحرمة في مسألتنا هذه ضمني وهناك قصدي، ولم يعتبر الإمام أبو منصور الخزوانِي[1] رحمه الله هذا التغاير بينهما حيث اشترط هاهُنا أيضًا في قبول خبره

(١) لم أجد له ترجمة، والخَزَوانِي، وأصله: الخَزَواني، نسبة إلى خَزَوان (خَزَوان)، بالزاي المعجمة الفارسية، الغير الصافية، المنقوطة بثلاث، وهي قرية من قرى بُخارى، منها: أبو العلاء، محمد بن محمد بن أحمد بن الحسين الخزوانِي البخاري، توفي نحو سنة ثمانين وأربعمائة (٤٨٠ هـ).
انظر: معجم البلدان لياقوت الحموي (٢/ ٣٧٠)، الأنساب للسمعانِي (٥/ ١٢٤)، اللباب في تهذيب الأنساب لابن الأثير (١/ ١٤٢).

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُقْبَلَ فِي الهَدِيَّةِ وَالإِذْنِ قَوْلُ العَبْدِ وَالجَارِيَةِ وَالصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّ الهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَى أَيْدِي هَؤُلَاءِ، وَكَذَا لا يُمْكِنُهُمْ اسْتِصْحَابُ الشُّهُودِ عَلَى الإِذْنِ عِنْدَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ وَالمُبَايَعَةِ فِي السُّوقِ، فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمْ يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا قَالَتْ جَارِيَةٌ لِرَجُلٍ بَعَثَنِي مَوْلَايَ إِلَيْكَ هَدِيَّةً وَسِعَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا؛ لِأَنَّهُ لا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا أَخْبَرَتْ بِإِهْدَاءِ المَوْلَى غَيْرَهَا أَوْ نَفْسَهُ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَيُقْبَلُ فِي المُعَامَلَاتِ قَوْلُ الفَاسِقِ، وَلَا يُقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلَّا قَوْلُ العَدْلِ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ المُعَامَلَاتِ يَكْثُرُ وُجُودُهَا فِيمَا بَيْنَ أَجْنَاسِ النَّاسِ، فَلَوْ شَرَطْنَا شَرْطًا زَائِدًا يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ فَيُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهَا عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا كَافِرًا أَوْ مُسْلِمًا عَبْدًا أَوْ حُرًّا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى دَفْعًا لِلْحَرَجِ. أَمَّا الدِّيَانَاتُ فَلَا يَكْثُرُ وُقُوعُهَا حَسَبِ وُقُوعِ المُعَامَلَاتِ فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهَا زِيَادَةَ شَرْطٍ، فَلَا يُقْبَلُ فِيهَا إِلَّا قَوْلُ المُسْلِمِ العَدْلِ؛ لِأَنَّ الفَاسِقَ مُتَّهَمٌ وَالكَافِرَ لا يَلْتَزِمُ الحُكْمَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ المُسْلِمَ،

العدالة، ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير» فقال:

قال الإمام الزاهد أبو منصور الخزواني رحمه الله: هذا إذا كان المخبر عدلًا، وإن كان غير عدل فإن وقع في قلبه أنه صادق وسعه أكله، وإلا فلا، فجعل الضمني بمنزلة القصدي في اشتراط العدالة في قبول خبره.

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يُقْبَلَ فِي الهَدِيَّةِ وَالإِذْنِ قَوْلُ العَبْدِ، أي: في أن يجعل المولى عبده مأذونًا في التجارة.

وقوله: لِمَا قُلْنَا، راجعٌ إلى **قوله**: لِأَنَّ الهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَى أَيْدِي هَؤُلَاءِ، إلى آخره.

بِخِلَافِ المُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّ الكَافِرَ لا يُمْكِنُهُ المَقَامُ فِي دِيَارِنَا إِلَّا بِالمُعَامَلَةِ.

وَلا يَتَهَيَّأُ لَهُ المُعَامَلَةُ إِلَّا بَعْدَ قَبُولِ قَوْلِهِ فِيهَا فَكَانَ فِيهِ ضَرُورَةٌ، وَلا يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ المَسْتُورِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهَا جَرْيًا عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ القَضَاءُ بِهِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ هُوَ وَالفَاسِقُ فِيهِ سَوَاءٌ حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِمَا أَكْبَرُ الرَّأْيِ.

قَالَ: (وَيُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ العَبْدِ وَالحُرِّ وَالأَمَةِ إِذَا كَانُوا عُدُولًا)؛ لِأَنَّ عِنْدَ العَدَالَةِ الصِّدْقُ رَاجِحٌ وَالقَبُولُ لِرُجْحَانِهِ. فَمِنَ المُعَامَلَاتِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمِنْهَا التَّوْكِيلُ.

وَمِنَ الدِّيَانَاتِ الإِخْبَارُ بِنَجَاسَةِ المَاءِ حَتَّى إِذَا أَخْبَرَهُ مُسْلِمٌ مَرْضِيٌّ لَمْ يَتَوَضَّأْ بِهِ وَيَتَيَمَّمُ، وَلَوْ كَانَ المُخْبِرُ فَاسِقًا أَوْ مَسْتُورًا تَحَرَّى، فَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ

قوله: جَرْيًا عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ القَضَاءُ بِهِ، فإن المستور في هذا الخبر كالعدل عنده، وهو ظاهر على مذهبه، فإنه يجوز القضاء بشهادة المستورين إذا لم يطعن الخصم.

قوله: وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ هُوَ وَالفَاسِقُ فِيهِ سَوَاءٌ، وهو الأصح؛ لأنه لا بدَّ من اعتبار أحد شرطي الشهادة ليكون الخبر ملزمًا، وقد سقط اعتبار العدد فلم يبق إلا اعتبار العدالة، وإذا ثبتَ أن العدالة شرط قلنا: ما كان شرطًا لا يكتفى بوجوده ظاهرًا، كمن قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حرٌّ، ثم مضى اليومُ فقال العبد: لم أدخل، وقال المولى: دخلتُ، فالقول قول المولى؛ لأن عدم الدخول شرطٌ فلا يكفي ثبوته ظاهرًا لنزول العتق.

قوله: وَيُقْبَلُ فِيهَا - أي: في الديانات - قَوْلُ العَبْدِ وَالحُرِّ وَالأَمَةِ؛ لأن في أمور الدين خبر العبد كخبر الحرِّ كما في رواية الأخبار؛ وهذا لأنه يلتزم بنفسه ثم يتعدى منه إلى غيره، فلا يكون هذا من باب الولاية على الغير، وبالرق يخرج من أن يكون أهلًا للولاية، فأمَّا فيما فيه التزام يستوي العبد والحر لكونه مخاطبًا، ورواية النساء من الصحابة كانت مقبولة

يَتَيَمَّمُ وَلا يَتَوَضَّأُ بِهِ، وَإِنْ أَرَاقَ المَاءَ ثُمَّ تَيَمَّمَ كَانَ أَحْوَطَ، وَمَعَ العَدَالَةِ يَسْقُطُ احْتِمَالُ الكَذِبِ فَلَا مَعْنَى لِلِاحْتِيَاطِ بِالإِرَاقَةِ، أَمَّا التَّحَرِّي فَمُجَرَّدُ ظَنٍّ. وَلَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلا يَتَيَمَّمُ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الكَذِبِ بِالتَّحَرِّي، وَهَذَا جَوَابُ الحُكْمِ. فَأَمَّا فِي الِاحْتِيَاطِ فَيَتَيَمَّمُ بَعْدَ الوُضُوءِ لِمَا قُلْنَا. وَمِنْهَا الحِلُّ وَالحُرْمَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ زَوَالُ المِلْكِ، وَفِيهَا تَفَاصِيلُ وَتَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

كرواية الرجال، قال عليه الصلاة والسلام: «إنكم تأخذون ثُلُثَي دينكم من عائشة»، هذا كله في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلا يَتَيَمَّمُ، وفي «المشارع»: فإن لم يترجح أحد الوجهين فالأصل الطهارة.

وقوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: أَمَّا التَّحَرِّي فَمُجَرَّدُ ظَنٍّ، فكان فيه احتمال الخطأ.

قوله: وَمِنْهَا - أي: ومن الديانات - الحِلُّ وَالحُرْمَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ زَوَالُ المِلْكِ، أي: يقبل خبر الواحد العدل في الحل والحرمة إذا لم يكن ما أخبره بالحرمة متضمنًا زوال الملك، وأمَّا إذا تضمنه فلا يقبل.

أمَّا الذي تضمنه فكما إذا أخبر رجل أو امرأة للزوجين بأنَّهما ارتضعا من امرأة واحدة، حيث لا يقبل في إثبات هذه الحرمة إخبار مخبر، حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان في الحكم؛ لأن ثبوتَ هذه الحرمة متضمن زوال الملك فلا يقبل فيه خبر الواحد، وأمَّا الإخبار بالحرمة الذي لا تتضمن زوال الملك فمثل الإخبار بحرمة الطعام والشراب حيث يقبل فيه خبر الواحد.

وفي «فتاوى قاضي خان»: رجل تزوج امرأة فأخبره مسلم ثقة رجل أو امرأة أنَّهما ارتضعان من امرأة واحدة، قال في الكتاب: أحب إليَّ أن يتنزه ويطلقها ويعطيها نصف المهر إن لم يكن دخل بها، ولا تثبت الحرمة بخبر الواحد عندنا ما لم يشهد به رجلان أو رجل

قَالَ: (وَمَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ أَوْ طَعَامٍ فَوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِبًا أَوْ غِنَاءً فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَقْعُدَ وَيَأْكُلَ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: اُبْتُلِيتُ بِهَذَا مَرَّةً فَصَبَرْتُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ سُنَّةٌ. قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى أَبَا القَاسِمِ» فَلَا يَتْرُكُهَا لِمَا اقْتَرَنَ بِهَا مِنَ البِدْعَةِ مِنْ غَيْرِهِ، كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَاجِبَةُ الإِقَامَةِ وَإِنْ حَضَرَتْهَا نِيَاحَةٌ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَى المَنْعِ مَنَعَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ يَصْبِرْ، وَهَذَا إِذَا

وامرأتان، وعلى قول الشافعي رحمه الله تثبت حرمة الرضاعة بشهادة أربع من النساء، وإنما يتنزه احتياطاً لمكان حرمة الوطء فيطلقها كيلا تبقى معلقةً، وإن لم يطلقها ولم يتنزه وسعه ذلك؛ لأن ملك النكاح لا يبطل بهذه الشهادة.

ولو أن مسلمًا اشترى لحماً وقبضه، فأخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة المجوسي فإنه لا يسع المشتري أن يأكل، ولا أن يطعم غيره؛ لأن المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك، وحرمة العين حق لله تعالى فيثبت بخبر الواحد، وأمَّا بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة، فإذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا تثبت الحرمة، وإذا تثبت الحرمة مع بقاء ملك اليمين هاهنا، لا يمكنه الرد على بائعه، ولا أن يحبس الثمن على البائع إذا لم يبطل البيع.

الغِنَاءُ: بكسر الغين: السماع، وبفتحها الكفاية، وكلاهما ممدودان، وبكسرها غير ممدود: اليسار، كذا في «الصحاح».

وقال شيخي رحمه الله في الضابط بين المعنيين: مقصور ممدودنا، وممدود مقصورنا.

قوله: لِأَنَّ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ سُنَّةٌ، إلى قوله: كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَاجِبَةُ الإِقَامَةِ، فإن قلتَ: كيف قاس السنة على الواجب، والواجب لو لم يترك لقوته لما اقترنت به من المعصية لا يلزم أن لا تترك السنة بسبب ما اقترنت بها من المعصية لضعفها؟

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن هذه السنة ورد الوعيد على تاركها على ما قال عليه الصلاة

لَمْ يَكُنْ مُقْتَدًى بِهِ، فَإِنْ كَانَ مُقْتَدًى وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى مَنْعِهِمْ يَخْرُجُ وَلا يَقْعُدُ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ شِينُ الدِّينِ وَفَتْحُ بَابِ المَعْصِيَةِ عَلَى المُسْلِمِينَ، وَالمَحْكِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الكِتَابِ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُقْتَدًى بِهِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى المَائِدَةِ لا يَنْبَغِي أَنْ يَقْعُدَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدًى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَى مَعَ القَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨] وَهَذَا كُلُّهُ بَعْدَ الحُضُورِ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الحُضُورِ لا يَحْضُرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَقُّ الدَّعْوَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَجَمَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَزِمَهُ، وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ المَلَاهِيَ كُلَّهَا حَرَامٌ حَتَّى التَّغَنِّي بِضَرْبِ القَضِيبِ.

والسلام: «من لم يُجب الدعوة فقد عصى أبا القاسِم»، فكانت هذه السنة في قوة الواجب، فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب، فيثبت الحكم حينئذٍ في السنة بطريق الدلالة، ولو علم قبل الحضور لا يحضر سواء كان مقتدى أو لم يكن؛ لأنه لم يلزمه حق الدعوة؛ لأنَّها ليست بمسنونة.

وحُكي عن الشيخ أبي حفص الكبير رحمه الله: إذا كان ممن لا يحترم ولا يترك المعصية لأجله فالترك والامتناع من الإجابة أَوْلَى، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من كثر سواد قوم فهو منهم».

قوله: وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ المَلَاهِيَ كُلَّهَا حَرَامٌ؛ لأن محمدًا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله: فوجب ثَمَّة اللعبَ والغناءَ، فاللعبُ وهو اللهو حرام بالنص، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه فرسه»، وفي رواية: «ملاعبته بفرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله»، وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلاث فكان باطلًا.

ثم الكلام في الغناء: قال بعضهم: دلَّت المسألة على أن مجرد الغناء والاستماع إليه معصية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «استماع الملاهي معصية، والجلوس عليها فسق، والتلذذ بها من الكفر»، إنما قال ذلك على وجه التشديد، وإن سمع بغتةً فلا إثم عليه، ويجبُ

وَكَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - ابْتُلِيت، لِأَنَّ الِابْتِلَاءَ بِالمُحَرَّمِ يَكُونُ.

عليه أن يجتهد كل الجهد حتى لا يستمع.

ومنهم من قال: إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصح اللسان لا بأس.

ومنهم من قال: إذا كان وحده يتغنى لدفع الوحشة عن نفسه فلا بأس به، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإنما كان المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو، واستدل هذا القائل بحديث أنس بن مالك رضي الله عنه، فإنه كان من زهاد الصحابة ثم كان يتغنى في مرضه، وكان لا يفعل ذلك تلهيًا ولكن يدفع الوسواس عن نفسه.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: إن جميع ذلك مكروه عند علمائنا، ويحتج بقوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَاسِ مَن يَشۡتَرِى لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] الآية، جاء في التفسير أن المراد به الغناءُ.

وأمَّا حديث أنس فهو محمول على ما إذا كان ينشد الأشعار المباحة، وهي الأشعار التي فيها الموعظة والحكمة، ولا بأسَ بإنشاد مثل هذه الأشعار.

ثم لو كان في الشعر صفة المرأة إن كانت امرأة بعينها وهي حيَّة يكره، وإن كانت ميتة لا يكره، وإن كان امرأة مرسلة لا يكره، هذا كله من «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان، و«فتاواه»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمهما الله، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي اللُّبْسِ)

قَالَ: (لا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ لُبْسُ الحَرِيرِ وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ)؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ وَقَالَ: إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لا خَلَاقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ» وَإِنَّمَا حَلَّ لِلنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ، وَهُوَ مَا رَوَاهُ عِدَّةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - مِنْهُمْ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - خَرَجَ وَبِإِحْدَى يَدَيْهِ حَرِيرٌ وَبِالأُخْرَى ذَهَبٌ وَقَالَ: هَذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي حَلَالٌ لِإِنَاثِهِمْ» وَيُرْوَى «حِلٌّ لِإِنَاثِهِمْ» (إِلَّا أَنَّ القَلِيلَ عَفْوٌ وَهُوَ مِقْدَارُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعَ أَوْ أَرْبَعَةٍ كَالأَعْلَامِ وَالمَكْفُوفِ بِالحَرِيرِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ إِلَّا مَوْضِعَ إِصْبَعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ» أَرَادَ الأَعْلَامَ. وَعَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ كَانَ يَلْبَسُ جُبَّةً مَكْفُوفَةً بِالحَرِيرِ».

فصل في اللُّبس

لمَّا ذكر مقدمات مسائل الكراهية، ذكر ما يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه بالفصول، فقدَّم اللبس على الوطء والاستبراء؛ لأن الاحتياج إلى اللبس أشد منه إلى الوطء.

قوله: هَذَانِ مُحَرَّمَانِ، أي: هذان جنسان محرمان، فثبوت الحرمة فيما عيَّنه بطريق العبارة، وفي غيره من جنسه بطريق الدلالة.

قوله: وَالمَكْفُوفِ بِالحَرِيرِ، يعني: بر نهاده بحرير.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِتَوَسُّدِهِ وَالنَّوْمِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: يُكْرَهُ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَحْدَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ وَغَيْرُهُ مِنَ المَشَايِخِ، وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي سِتْرِ الحَرِيرِ وَتَعْلِيقِهِ عَلَى الأَبْوَابِ لَهُمَا العُمُومَاتُ؛ وَلِأَنَّهُ مِنْ زِيِّ الأَكَاسِرَةِ وَالجَبَابِرَةِ وَالتَّشَبُّهُ بِهِمْ حَرَامٌ. وَقَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِيَّاكُمْ وَزِيَّ الأَعَاجِمِ. وَلَهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَلَسَ عَلَى مِرْفَقَةِ حَرِيرٍ»، وَقَدْ كَانَ عَلَى بِسَاطِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - مِرْفَقَةُ حَرِيرٍ؛ وَلِأَنَّ القَلِيلَ مِنَ المَلْبُوسِ مُبَاحٌ كَالأَعْلَامِ فَكَذَا القَلِيلَ مِنَ اللُّبْسِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَالجَامِعُ كَوْنُهُ نَمُوذَجًا عَلَى مَا عُرِفَ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِلُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ عِنْدَهُمَا) لِمَا رَوَى الشَّعْبِيُّ «أَنَّهُ

قوله: وَقَالا: يُكْرَهُ، والرجل والمرأة في ذلك سواء، بخلاف اللبس، كذا في «الخلاصة».

قوله: لَهُمَا العُمُومَاتُ، وهي ما ذكر من قوله: نَهَى عَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ، وقوله: إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لا خَلَاقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ، وما رُوي عن عمر رضي الله عنه: «أنه استقبل جيشاً من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير، فلمَّا وقع بصره عليهم أعرض، فقالوا: لِمَ أعرضتَ عنَّا؟ قال: لأنِّي أرى عليكم ثياب أهل النار».

المِرْفَقَةُ: بكسر الميم وسادة الاتكاء.

قوله: وَلِأَنَّ القَلِيلَ مِنَ المَلْبُوسِ مُبَاحٌ كَالأَعْلَامِ، فَكَذَا القَلِيلَ مِنَ اللُّبْسِ وَالِاسْتِعْمَالِ، فكان هذا نظير النجاسة، فإن قليلها عفو في زمن كثير فيكون كثيرها عفو في زمن قليل.

النموذج: بالفتح، والأنموذج: بالضم، تعريب نمُوذَه، وهو أن يعلم بهذا المقدار لذَّة ما وُعِد له في الآخرة منه، ويرغب في تحصيل سببٍ يوصله إليه.

- عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - رَخَّصَ فِي لُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ» وَلِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً فَإِنَّ الخَالِصَ مِنْهُ أَدْفَعُ لِمَعَرَّةِ السِّلَاحِ وَأَهْيَبُ فِي عَيْنِ العَدُوِّ لِبَرِيقِهِ (وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -)؛ لِأَنَّهُ لا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَالضَّرُورَةُ انْدَفَعَتْ بِالمَخْلُوطِ وَهُوَ الَّذِي لُحْمَتُهُ حَرِيرٌ وَسَدَّاهُ غَيْرُ ذَلِكَ، وَالمَحْظُورُ لا يُسْتَبَاحُ إِلَّا لِضَرُورَةٍ. وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى المَخْلُوطِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِلُبْسِ مَا سَدَّاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ غَيْرُ حَرِيرٍ كَالقُطْنِ وَالخَزِّ فِي الحَرْبِ وَغَيْرِهِ)؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - كَانُوا يَلْبَسُونَ الخَزَّ، وَالخَزُّ مُسَدًّى

قوله: لا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «هَذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي».

الخَزّ: اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء؛ ولأن الثوب إنما يصير ثوبًا بالنسج، والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى؛ وهذا لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين يُضاف الحكم إلى آخرهما واللحمة آخرهما، فعلى هذا يجوز لبس العتابي ونحوه، هذا أحد وجهي التعليل في المسألة.

والثاني: أن اللحمة تكون على ظاهر الثوب يُرى ويُشاهد ويلاقي البشرة فكان تزينًا بالحرير، فعلى قضية هذا الوجه الثاني يكره لبس العتابي لكون سداه ظاهرًا، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

فصار حاصل هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون سداه حريرًا ولحمته غير حرير، وهذا لا بأس به في الحرب وغيره؛ لأن السدى يصير مستورًا باللحمة، حتى أنه لو لم يكن مستورًا باللحمة يكره ذلك على ما ذكرنا من أحد الوجهين.

والثاني: أن تكون لحمته حريرًا وسداه غير حرير، وهذا يباح في الحرب دون غيره؛ ولأن اللحمة هي المرئية في الحرب، ولبس الحرير من كل وجه يباح في الحرب للرجال

بِالحَرِيرِ؛ وَلِأَنَّ الثَّوْبَ إِنَّمَا يَصِيرُ ثَوْبًا بِالنَّسْجِ وَالنَّسْجُ بِاللُّحْمَةِ فَكَانَتْ هِيَ المُعْتَبَرَةُ دُونَ السَّدَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَكْرَهُ ثَوْبَ القَزِّ يَكُونُ بَيْنَ الفَرْوِ وَالظِّهَارَةِ، وَلا أَرَى بِحَشْوِ القَزِّ بَأْسًا؛ لِأَنَّ الثَّوْبَ مَلْبُوسٌ وَالحَشْوَ غَيْرُ مَلْبُوسٍ.

قَالَ: (وَمَا كَانَ لُحْمَتُهُ حَرِيرًا وَسَدَاهُ غَيْرَ حَرِيرٍ لا بَأْسَ بِهِ فِي الحَرْبِ) لِلضَّرُورَةِ (وَيُكْرَهُ فِي غَيْرِهِ) لِانْعِدَامِهَا، وَالِاعْتِبَارُ لِلُّحْمَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

عندهما؛ لكون الحرير أهيب في عين العدو من غيره، فهذا أَوْلَى.

والثالث: ما يكون حريرًا كله وهو الديباج، لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق، وهل يجوز لبسه في الحرب؟ عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعندهما يجوز، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وذكر هشام عن محمد رحمهما الله: أنه لم ير باللباس المرتفع جدًّا بأسًا، قال: «خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداءٌ قيمته أربعة آلاف درهم، ودخل رجل من أصحابه عليه يومًا وعليه رداءُ خزٍّ، فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله تعالى إذا أنعم على عبد أحب أن يرى آثار نعمته عليه»، وأبو حنيفة رحمه الله كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار، وأباح الله تعالى الزينة بقوله: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف: ٣٢]، كذا في «الذخيرة».

قيل للشيخ رحمه الله: أليس رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يلبس قميصًا عليه كذا كذا رقعة؟ قال: إنما فعل عمر رضي الله عنه كذلك لحكمة، وهي أنه كان أمير المؤمنين، ولو لبس ثيابًا نفيسة واتخذ لنفسه ألوانًا من الأطعمة فعماله وحشمه يقتدون به في ذلك، وربما لا يكون لهم مال فيأخذون من المسلمين، فإنما اختار ذلك لهذه المصلحة؛ ولأن ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم في لباسه فذلك دليل الجواز ولا كلام فيه.

وفي «المنتقى»: كان أبو حنيفة رحمه الله يكره للرجال أن تلبس الثوب المعصفر والمزعفر، كذا في «الذخيرة».

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَلا بِالفِضَّةِ) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَاهُ (إِلَّا بِالخَاتَمِ وَالمِنْطَقَةِ وَحِلْيَةِ السَّيْفِ مِنَ الفِضَّةِ) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى النَّمُوذَجِ، وَالفِضَّةُ أَغْنَتْ عَنِ الذَّهَبِ إِذْ هُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، كَيْفَ وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذَلِكَ آثَارٌ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلا يَتَخَتَّمُ إِلَّا بِالفِضَّةِ، وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّ التَّخَتُّمَ بِالحَجَرِ وَالحَدِيدِ وَالصُّفْرِ حَرَامٌ. «وَرَأَى رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - عَلَى رَجُلٍ خَاتَمَ صُفْرٍ فَقَالَ: مَالِي أَجِدُ مِنْكَ رَائِحَةَ الأَصْنَامِ. وَرَأَى عَلَى آخَرِ خَاتَمَ حَدِيدٍ

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «هَذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي».

قوله: إِلَّا بِالخَاتَمِ ... مِنَ الفِضَّةِ، هذا إذا لم يرد به التزين، وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: وإن تختم بالفضة قالوا: إن قصد به التجبر يكره، وإن قصد به الختم لا يكره.

قوله: وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذَلِكَ - أي: في إباحة التختم بخاتم فضة - آثَارٌ، وهي ما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله حيث قال: وقد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصُّه منه، ونقش خاتمه: محمد رسول الله، محمد سطر، ورسول سطر، والله سطر.

وعن معاذ رضي الله عنه: «أنه كان له خاتم من فضة، ونقشه محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: ما نقش خاتمك يا معاذ؟ فقال: محمد رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه، ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه، فكان في يده عليه الصلاة والسلام إلى أن توفي، ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه إلى أن توفي، ثم كان في يد عمر رضي الله عنه إلى أن توفي، ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر، فأنفق مالًا عظيمًا في طلبه فلم يجده»، ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم في البئر.

وفي آخر حديث نعمان بن بشير: فقال صلى الله عليه وسلم: «اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال وتختم باليمين».

فَقَالَ: مَالِي أَرَى عَلَيْكَ حِلْيَةَ أَهْلِ النَّارِ» وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ الحَجَرَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ يَشْبُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَجَرٍ، إِذْ لَيْسَ لَهُ ثِقَلُ الحَجَرِ، وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ (وَالتَّخَتُّمُ بِالذَّهَبِ عَلَى الرِّجَالِ حَرَامٌ) لِمَا رَوَيْنَا. وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ التَّخَتُّمِ بِالذَّهَبِ» وَلِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ التَّحْرِيمُ، وَالإِبَاحَةُ ضَرُورَةُ الخَتْمِ أَوِ النَّمُوذَجِ، وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِالأَدْنَى وَهُوَ الفِضَّةُ، وَالحَلْقَةُ هِيَ المُعْتَبَرَةُ؛ لِأَنَّ قِوَامَ الخَاتَمِ بِهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالفَصِّ حَتَّى يَجُوزَ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَجَرٍ وَيَجْعَلَ الفَصَّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ بِخِلَافِ النِّسْوَانِ؛ لِأَنَّهُ تَزَيُّنٌ فِي حَقِّهِنَّ، وَإِنَّمَا يَتَخَتَّمُ القَاضِي وَالسُّلْطَانُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الخَتْمِ، وَأَمَّا غَيْرُهُمَا فَالأَفْضَلُ أَنْ يَتْرُكَهُ لِعَدَمِ الحَاجَةِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِمِسْمَارِ الذَّهَبِ يُجْعَلُ فِي حَجَرِ الفَصِّ) أَيْ فِي ثُقْبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ كَالعَلَمِ فِي الثَّوْبِ فَلَا يُعَدُّ لَابِسًا لَهُ.

قَالَ: (وَلَا تُشَدُّ الأَسْنَانُ بِالذَّهَبِ وَتُشَدُّ بِالفِضَّةِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا بَأْسَ بِالذَّهَبِ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلَ قَوْلِ كُلٍّ مِنْهُمَا.

قوله: وَيَجْعَلَ الفَصَّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ، وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: وإذا تختَّم بالفضة ينبغي أن يكون الفص إلى باطن الكف لا إلى ظهرها، بخلاف النساء، ويجعله في اليد اليسرى، وقوله صلى الله عليه وسلم: «اجعلها في يمينك» كان في الابتداء ثم صار من علامات أهل البغي.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مِثْلَ قَوْلِ كُلٍّ مِنْهُمَا، فإن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في قول أبي يوسف رحمه الله، منهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله، هكذا ذكره

لَهُمَا «أَنَّ عَرْفَجَةَ بْنَ أَسْعَدَ الكِنَانِيَّ أُصِيبَ أَنْفُهُ يَوْمَ الكِلَابِ فَاتَّخَذَ أَنْفًا مِنْ فِضَّةٍ فَأَنْتَنَ. فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بِأَنْ يَتَّخِذَ أَنْفًا مِنْ ذَهَبٍ» وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَصْلَ فِيهِ التَّحْرِيمُ وَالإِبَاحَةُ لِلضَّرُورَةِ، وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِالفِضَّةِ وَهِيَ الأَدْنَى فَبَقِيَ الذَّهَبُ عَلَى التَّحْرِيمِ. وَالضَّرُورَةُ فِيمَا رُوِيَ لَمْ تَنْدَفِعْ فِي الأَنْفِ دُونَهُ حَيْثُ أَنْتَنَ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الذُّكُورُ مِنَ الصِّبْيَانِ الذَّهَبَ وَالحَرِيرَ)؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَمَّا ثَبَتَ فِي حَقِّ الذُّكُورِ وَحَرُمَ اللُّبْسُ حَرُمَ الإِلْبَاسُ كَالخَمْرِ لَمَّا حَرُمَ شُرْبُهَا حَرُمَ سَقْيُهَا.

قَالَ: (وَتُكْرَهُ الخِرْقَةُ الَّتِي تُحْمَلُ فَيُمْسَحُ بِهَا العَرَقُ)؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ تَجَبُّرٍ وَتَكَبُّرٍ (وَكَذَا الَّتِي

الكرخي رحمه الله، وذكر في «الإملاء» قوله مع محمد رحمه الله.

واستدل أبو حنيفة رحمه الله بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «هَذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي»، والعام المتفق على قبوله يترجح على الخاص المختلف في قبوله، ولعل رسول الله صلى الله عليه وسلم خص عرفجة بذلك كما خص الزبير بن العوام بلبس الحرير لعلة كانت فيه.

قوله: وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِالفِضَّةِ وَهِيَ الأَدْنَى؛ لأن استعمال الفضة للرجال أهون، حتى جاز للرجل التختم بالفضة دون الذهب.

قوله: وَالضَّرُورَةُ فِيمَا رُوِيَ - أي من حديث عرفجة - لَمْ تَنْدَفِعْ فِي الأَنْفِ دُونَهُ، أي: دون الذهب، أي: لم تندفع ضرورة جعل الأنف بدون اتخاذه من الذهب؛ لأنه لمَّا اتخذ الأنف من الفضة فأنتنَ فلذلك احتيج إلى جعل الأنف من الذهب، فيجوز اتخاذُ الأنف من الذهب ضرورة، ولا كلام في الضرورات.

قوله: وَكَذَا الَّتِي يُمْسَحُ بِهَا الوُضُوءَ، أي: يكره أيضًا.

يُمْسَحُ بِهَا الوُضُوءَ أَوْ يُمْتَخَطُ بِهَا) وَقِيلَ إِذَا كَانَ عَنْ حَاجَةٍ لا يُكْرَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ إِذَا كَانَ عَنْ تَكَبُّرٍ وَتَجَبُّرٍ وَصَارَ كَالتَّرَبُّعِ فِي الجُلُوسِ.

(وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَرْبِطَ الرَّجُلُ فِي أُصْبُعِهِ أَوْ خَاتَمِهِ الخَيْطَ لِلْحَاجَةِ) وَيُسَمَّى ذَلِكَ الرَّتَمُ وَالرَّتِيمَةُ. وَكَانَ ذَلِكَ مِنْ عَادَةِ العَرَبِ. قَالَ قَائِلُهُمْ:

لا يَنْفَعَنَّكَ اليَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ * كَثْرَةُ مَا تُوصِي وَتِعْقَادُ الرَّتَمِ

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - أَمَرَ بَعْضَ أَصْحَابِهِ بِذَلِكَ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ

وذكر بعض المتأخرين من مشايخنا: أن المسلمين قد استعملوا هذا في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لدفع الأذى عن الثياب النفيسة، وما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وقد جاء في الحديث: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات»، فلم يكن بدعة.

وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة، وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره، وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء، إن فعل ذلك تجبرًا يكره، وإن فعل لحاجة وضرورة لا يكره، هذا كله من «الجامع الصغير» لقاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

الرَّتِيمَةُ: خيط التذكرة يعقد بالإصبع، وكذلك الرتمة، قال الشاعر:

إذا لم تكن حاجاتُنا في نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والرتم: ضرب من الشجر، وأنشد ابن السكيت:

هَلْ يَنْفَعَنَّكَ اليَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ * كَثْرَةُ مَا تُوصِي وَتَعْقَادُ الرَّتَمِ

وقال: معناه: أن الرجل كان إذا خرج في سفرٍ عمد إلى هذا الشجر فشدَّ بعض أغصانه ببعض، فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال: لم تخني امرأتي، وإن أصابه قد انحلَّ قال: خانتني، هكذا المروي عن الثقات، إلا أن الليثَ ذكر الرتم بمعنى الرتيمة، كذا في «المغرب».

بِعَبَثٍ لِمَا فِيهِ مِنَ الغَرَضِ الصَّحِيحِ وَهُوَ التَّذَكُّرُ عِنْدَ النِّسْيَانِ.

ثم قوله: إنْ هَمَّتْ بِهِمّ، أي: إن قصدت بفاحشة.

وقوله: تَعْقَادُ، مصدر بمعنى العقد، للمبالغة على وزن التفعال كالتسيار، والتهذار، والتلعاب، بمعنى السير، والهذر، واللعب، فكان الرتم مجرورًا بالإضافة، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الوَطْءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمْسِ)

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] قَالَ عَلِيٌّ وَابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: مَا ظَهَرَ مِنْهَا الكُحْلُ وَالخَاتَمُ، وَالمُرَادُ مَوْضِعُهُمَا وَهُوَ الوَجْهُ وَالكَفُّ، كَمَا

فصل في الوطء والنظر واللمس

قوله: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ، إلى آخره، والحاصل أن نظر الرجل إلى المرأة ينقسم إلى أربعة أقسام: نظرة إلى زوجته ومملوكته، ونظرة إلى ذوات محارمه، ونظرة إلى إماء الغير، ونظره إلى الحرة الأجنبية.

ثم في مسائل النظر قياس واستحسان، بيان هذا أن المرأة من قرنها إلى قدمها عورة، وهو القياس الظاهر، وإليه أشار صلى الله عليه وسلم فقال: «المرأة عورة مستورة»، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة، فكان ذلك استحسانًا لكونه أرفق بالناس.

قوله: قَالَ عَلِيٌّ وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: مَا ظَهَرَ مِنْهَا الكُحْلُ وَالخَاتَمُ، وَالمُرَادُ مَوْضِعُهُمَا، وإنما قيَّد بقول علي وابن عباس؛ لأن عائشة رضي الله عنها تقول: المراد من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]، إحدى عينيها، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: المراد منه خُفُّها ومِلاءَتُها، واستدل ابن مسعود رضي الله عنه بقوله صلى الله عليه وسلم: «النساء حبائل الشيطان بِهن يصيد الرجال»، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما تركتُ بعدي فتنة أضرَّ على الرجال من النساء».

أَنَّ المُرَادَ بِالزِّينَةِ المَذْكُورَةِ مَوْضِعُهَا؛ وَلِأَنَّ فِي إِبْدَاءِ الوَجْهِ وَالكَفِّ ضَرُورَةً لِحَاجَتِهَا إِلَى المُعَامَلَةِ مَعَ الرِّجَالِ أَخْذًا وَإِعْطَاءً وَغَيْرَ ذَلِكَ، وَهَذَا تَنْصِيصٌ عَلَى أَنَّهُ لا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى قَدَمِهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُبَاحُ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الضَّرُورَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى ذِرَاعِهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَبْدُو مِنْهَا عَادَةً.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ لا يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ لا يَنْظُرُ إِلَى وَجْهِهَا إِلَّا لِحَاجَةٍ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ نَظَرَ إِلَى مَحَاسِنِ امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ عَنْ شَهْوَةٍ صُبَّ فِي عَيْنَيْهِ الآنُكُ يَوْمَ القِيَامَةِ» فَإِذَا خَافَ الشَّهْوَةَ لَمْ يَنْظُرْ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ تَحَرُّزًا عَنِ المُحَرَّمِ.

«وجرى في مجلسه يومًا: ما خيرُ ما للرجال من النساء؟ وما خيرُ ما للنساء من الرجال؟ فلمَّا رجع عليٌّ إلى بيته أخبر فاطمة رضي الله عنهما فقالت: خير ما للرجال من النساء أن لا يروهن، وخيرُ ما للنساء من للرجال أن لا يرينهم، فلمَّا أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال: هي بضعة مني»، فدل أنه لا يباح النظر إلى شيءٍ من بدنها.

ولأن حرمة النظر لخوف الفتنة، وعامة محاسنها في وجهها، فخوف الفتنة في النظر إلى وجهها أكثر منه إلى سائر الأعضاء، وبنحو هذا تستدل عائشة رضي الله عنها.

ولكنا نقول: هي لا تجد بدًّا من أن تمشي في الطريق، فلا بدَّ من أن تفتح إحدى عينها لتبصر الطريق، فيجوز لها أن تكشف إحدى عينها لهذه الضرورة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، ولكنا نأخذ بقول عليٍّ وابن عباس رضي الله عنهم، فقد جاءت الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفها، من ذلك ما رُوي: «أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنظر إلى وجهها فلم ير فيها رغبة».

ولمَّا قال عمر رضي الله عنه في خطبته: «ألا لا تغالوا في صدقة النساء، فإنَّها لو كانت مكرمة عند الله أو أتقاكم لكان الأولى بِها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوالله ما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر من أربعمائة وأوقية ونشٍّ، فقامت امرأة سفعاء الخدين

وَقَوْلُهُ لا يَأْمَنُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا يُبَاحُ إِذَا شَكَّ فِي الِاشْتِهَاءِ كَمَا إِذَا عَلِمَ أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ ذَلِكَ (وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَمَسَّ وَجْهَهَا وَلا كَفَّيْهَا وَإِنْ كَانَ يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ) لِقِيَامِ الْمُحَرَّمِ وَانْعِدَامِ الضَّرُورَةِ وَالْبَلْوَى، بِخِلَافِ النَّظَرِ لِأَنَّ فِيهِ بَلْوَى. وَالْمُحَرَّمُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ مَسَّ كَفَّ امْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ وُضِعَ عَلَى كَفِّهِ جَمْرَةٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» وَهَذَا إِذَا كَانَتْ شَابَّةً تُشْتَهَى، أَمَّا إِذَا كَانَتْ عَجُوزًا لا تُشْتَهَى فَلَا بَأْسَ بِمُصَافَحَتِهَا وَمَسِّ يَدِهَا لِانْعِدَامِ خَوْفِ الْفِتْنَةِ. وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يُدْخِلُ بَعْضَ الْقَبَائِلِ الَّتِي كَانَ مُسْتَرْضَعًا فِيهِمْ وَكَانَ يُصَافِحُ الْعَجَائِزَ،

وقالت: أنتَ تقول برأيك أم سمعتَه من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فإنا نجدُ في كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول، قال الله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠]، فبكى عمر رضي الله عنه فقال: كل الناس أفقه من عُمر حتى النساء في البيوت»، فذكر الراوي أنَّها كانت سفعاء الخدين، وفي هذا بيان أنها كانت مُسْفِرة عن وجهها.

«ولمَّا ناولت فاطمة رضي الله عنها أحد ولديها بلالًا أو أنسًا قال: رأيتُ كفها كأنَّها فِلقَةُ قمر»، فدلَّ أنه لا بأس بالنظر إلى الوجه والكف، وأمَّا خوف الفتنة فقد يكون بالنظر إلى ثيابِها أيضًا، قال القائل:

عجوز ترجى أن تكون فتية * وقد لُحِب الجنبان واحدودب الظهر
تدسُّ إلى العطار مِيرة أهلها * وهل يصلح العطار ما أفسد الدهر
وما غرَّني إلا خضاب بكفها * وكحلٌ بعينيها وأثوابُها الصفر

ثم لا شك أنه يباح النظر إلى ثيابها ولا يعتبر خوف الفتنة في ذلك، فكذلك إلى وجهها وكفها، وإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لعليٍّ رضي الله عنه: «لا تتبع النظرة بالنظرة، فإن الأولى لك والأخرى عليك»، يعني بالأخرى: أن تبصرها عن شهوة.

وَعَبْدُ اللهِ بْنُ الزُّبَيْرِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - اسْتَأْجَرَ عَجُوزًا لِتُمَرِّضَهُ، وَكَانَتْ تَغْمِزُ رِجْلَيْهِ وَتُفَلِّي رَأْسَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ شَيْخًا يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَيْهَا لِمَا قُلْنَا، فَإِنْ كَانَ لا يَأْمَنُ عَلَيْهَا لا تَحِلُّ مُصَافَحَتُهَا لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعْرِيضِ لِلْفِتْنَةِ. وَالصَّغِيرَةُ إِذَا كَانَتْ لا تُشْتَهَى يُبَاحُ مَسُّهَا وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا لِعَدَمِ خَوْفِ الفِتْنَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي إِذَا أَرَادَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهَا وَلِلشَّاهِدِ إِذَا أَرَادَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) لِلْحَاجَةِ إِلَى إِحْيَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ بِوَاسِطَةِ القَضَاءِ وَأَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَقْصِدَ بِهِ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ أَوِ الحُكْمَ عَلَيْهَا لا قَضَاءَ الشَّهْوَةِ تَحَرُّزًا عَمَّا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَهُوَ قَصْدُ القَبِيحِ. وَأَمَّا النَّظَرُ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ إِذَا اشْتَهَى قِيلَ يُبَاحُ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يُبَاحُ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ مَنْ لا يَشْتَهِي فَلا ضَرُورَةَ، بِخِلَافِ حَالَةِ الأَدَاءِ.

(وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلا بَأْسَ بِأَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يَشْتَهِيهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيهِ: «أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»؛ وَلِأَنَّ مَقْصُودَهُ

«وجاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إنِّي نظرتُ امرأة فاشتهيتُها فأتبعتها نظري فأصاب رأسي جدار، فقال صلى الله عليه وسلم: إذا أراد الله بعبد خيرًا عجل عقوبته في الدنيا».

قوله: وَالصَّغِيرَةُ إِذَا كَانَتْ لا تُشْتَهَى يُبَاحُ مَسُّهَا وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا؛ لأنه ليس لبدنها حكم العورة.

والأصل فيه ما رُوي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس الحسن والحسين رضي الله عنهما في صغرهما»، ورُوي: «أنه كان يأخذ ذلك من أحدهما فيجره والصبي يضحك»؛ ولأن العادة الظاهرة ترك التكلف لستر عورتها قبل أن تبلغ حد الشهوة، هذا كله من «المبسوط».

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَبْصِرْهَا، والخطاب للمغيرة بن شعبة رضي الله

إِقَامَةُ السُّنَّةِ لا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ.

(وَيَجُوزُ لِلطَّبِيبِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَوْضِعِ المَرَضِ مِنْهَا) لِلضَّرُورَةِ (وَيَنْبَغِي أَنْ يُعَلِّمَ امْرَأَةً مُدَاوَاتَهَا)؛ لِأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إِلَى الجِنْسِ أَسْهَلُ (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا يَسْتُرُ كُلَّ عُضْوٍ مِنْهَا سِوَى مَوْضِعِ المَرَضِ) ثُمَّ يَنْظُرُ وَيَغُضُّ بَصَرَهُ مَا اسْتَطَاعَ؛ لِأَنَّ مَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا وَصَارَ كَنَظَرِ الخَافِضَةِ وَالخَتَّانِ.

عنه، فإنه لمَّا أراد أن يتزوج امرأة قال له النبي صلى الله عليه وسلم: «أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»، هكذا رواية «المبسوط».

وأمَّا رواية «الفائق»: «فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة بن شعبة وخطب امرأة: لو نظرتَ إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما».

الأدم والإيدام: الإصلاح والتوفيق، من أدم الطعام وهو إصلاحه بالإدام وجعله موافقًا للطاعم.

لَوْ: هذه في معنى لَيْتَ، ومن ثم أجيب بالفاء كأنه قيل: ليتك نظرتَ إليها، والغرض الحث على النظر، والهاء في (فإنه) راجعة إلى مصدر (نظرتَ)، كقولهم: من أحسن كان خيرًا له.

قوله: أَنْ يُؤْدَمَ، أصله بأن يؤدم، فحذفت الباء، والمعنى: فإن النظر أوْلَى بالإصلاح وإيقاع الألفة والوفاق بينكما.

الخفض: للجارية كالختن للغلام، وجارية مخفوضه: أي: مختونة.

قوله: كَنَظَرِ الخَافِضَةِ وَالخَتَّانِ، يعني: إنَّهما ينظران إلى العورة لأجل الضرورة؛ لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركها، وهو مكرمة في حق النساء أيضًا.

ومن العذر أيضًا لإباحة النظر حالة الولادة؛ فإن المرأة تنظر إلى موضع الفرج وغيره من المرأة؛ لأنه لا بدَّ من قابلة تقبل الولد، وبدونها يخاف الهلاك على الولد، وقد جوَّز رسول

(وَكَذَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى مَوْضِعِ الاِحْتِقَانِ مِنَ الرَّجُلِ)؛ لِأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ وَيَجُوزُ لِلْمَرَضِ وَكَذَا لِلْهُزَالِ الفَاحِشِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ أَمَارَةُ المَرَضِ. قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «عَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتِهِ» وَيُرْوَى «مَا دُونَ سُرَّتِهِ حَتَّى يُجَاوِزَ رُكْبَتَيْهِ» وَبِهَذَا ثَبَتَ أَنَّ السُّرَّةَ لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصْمَةَ وَالشَّافِعِيُّ،

الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة، فذلك دليل على أنَّها يباح لها النظر، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ - أي: لأن الاحتقان مداواة - وَيَجُوزُ لِلْمَرَضِ، أي: يجوز الاحتقان لأجل المرض، وكذا يجوز الاحتقان لأجل الهزال الفاحش، فلا بأس بأن يرى ذلك الموضع المختص، فإن الهزال الفاحش نوع من المرض يكون آخره الدق والسل.

وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أن الحقنة إنما تجوز عند الضرورة، وإذا لم يكن ثمَّة ضرورة ولكن فيها منفعة ظاهرة بأن كان يتقوي على الجماع لا يحل عندنا، وإذا كان به هزال فإن كان هزالًا يخشى منه التلف يحل، وما لا فلا.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله: قال محمد بن مقاتل الرازي رحمهما الله: لا بأس بأن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عند التنوير إذا كان يغض بصره، كما أنه لا بأس به إذا كان يداوي جرحًا أو قرحًا، قال الفقيه: وهذا في حالة الضرورة لا في غيرها، وينبغي لكل أحد أن يتولى عانته بيده إذا تنور، كذا في «الذخيرة».

قوله: خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصْمَةَ، وهو أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي رحمه الله، فإنه يقول: إن السرة أحدُ حدَّي العورة فيكون من العورة كالركبة، وحجتنا في ذلك ما رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا اتَّزر أبدئ عن سرته.

وقوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، بالعطف على أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة

وَالرُّكْبَةُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالفَخِذُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِأَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ، وَمَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى مَنْبَتِ الشَّعْرِ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الفَضْلِ الكَمَارِيُّ مُعْتَمِدًا فِيهِ العَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِهَا مَعَ النَّصِّ بِخِلَافِهِ، وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ «الرُّكْبَةُ مِنَ العَوْرَةِ» وَأَبْدَى الحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - سُرَّتَهُ فَقَبَّلَهَا أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَقَالَ لِجَرْهَدٍ: «وَارِ فَخِذَكَ، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الفَخِذَ عَوْرَةٌ؟» وَلِأَنَّ الرُّكْبَةَ

عندهما كأنه وقع سهوًا لوجهين:

أحدهما: ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة بقوله: إنه أحد حدَّي العورة فيكون من العورة كالركبة، هذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة، والشافعي رحمه الله لا يقول بكون الركبة من العورة.

والثاني: أن الشافعي رحمه الله علل في إثبات أن الركبة ليست بعورة بقوله: إنَّها حد العورة فلا تكون من العورة كالسرة؛ لأن الحد لا يدخل في المحدود، وهذا تنصيصٌ منه على أن السرة ليست بعورة، وهذان التعليلان في «المبسوط»، ولكن في «الإسرار» نوع إشارة إلى أن الشافعي رحمه الله جعل السرة من العورة ولم يجعل الركبة من العورة.

قوله: لِأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِهَا، أي: لأن الشأن هو أنه لا معتبر بالعادة والتعامل فيما ورد فيه النص بخلافه، وإنما يعتبر التعامل فيما لا نص فيه، وأمَّا الفخذ فعورة عندنا، وأصحاب الظواهر يقولون: العورة من الرجل موضع السوأة فأمَّا الفخذ فليس بعورة؛ لقوله تعالى: ﴿بَدَتْ لَهُمَا سَوْءَتُهُمَا﴾ [الأعراف: ٢٢]، والمراد منه العورة.

ولنا حديث جَرْهَد رضي الله عنه وهو كان يصلي مكشوف الفخذ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: «وَارِ فَخِذَكَ، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الفَخِذَ عَوْرَةٌ؟»، وأمَّا الآية فالمراد بالسوءة العورة الغليظة وبه نقول: إن العورة الغليظة هي السوأة، ولكن حكم العورة يثبت فيما حول السوأتين

مُلْتَقَى عَظْمِ الفَخِذِ وَالسَّاقِ فَاجْتَمَعَ المُحَرَّمُ وَالمُبِيحُ وَفِي مِثْلِهِ يَغْلِبُ المُحَرَّمُ، وَحُكْمُ العَوْرَةِ فِي الرُّكْبَةِ أَخَفُّ مِنْهُ فِي الفَخِذِ، وَفِي الفَخِذِ أَخَفُّ مِنْهُ فِي السَّوْأَةِ، حَتَّى أَنَّ كَاشِفَ الرُّكْبَةِ يُنْكَرُ عَلَيْهِ بِرِفْقٍ وَكَاشِفَ الفَخِذِ يُعَنَّفُ عَلَيْهِ وَكَاشِفَ السَّوْءَةِ يُؤَدَّبُ إِنْ لَجَّ (وَمَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ لِلرَّجُلِ مِنَ الرَّجُلِ يُبَاحُ المَسُّ)؛ لِأَنَّهُمَا فِيمَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ سَوَاءٌ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَيْهِ مِنْهُ إِذَا أَمِنَتِ الشَّهْوَةَ) لِاسْتِوَاءِ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ فِي النَّظَرِ إِلَى مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ. وَفِي كِتَابِ الخُنْثَى مِنَ الأَصْلِ: أَنَّ نَظَرَ المَرْأَةِ إِلَى الرَّجُلِ الأَجْنَبِيِّ بِمَنْزِلَةِ نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مَحَارِمِهِ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ إِلَى خِلَافِ الجِنْسِ أَغْلَظُ، فَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا شَهْوَةٌ أَوْ أَكْبَرُ رَأْيِهَا أَنَّهَا تَشْتَهِي أَوْ شَكَّتْ فِي ذَلِكَ يُسْتَحَبُّ لَهَا أَنْ تَغُضَّ بَصَرَهَا، وَلَوْ كَانَ النَّاظِرُ هُوَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا وَهُوَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَمْ يَنْظُرْ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى التَّحْرِيمِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ

باعتبار القرب فيكون حكم العورة فيه أخف.

فإن قلتَ: ما جوابنا عمَّا تمسك به الشافعي رحمه الله في أن الركبة ليست بعورة من حديث أنس رضي الله عنه، فقال أنس: «ما أبدي رسول الله صلى الله وسلم ركبته بين يدي جليس قط»، وإنما قصد بِهذا ذكر الشمائل، فلو كانت الركبة من العورة لم يكن هذا من جملة الشمائل؛ لأن ستر العورة فرض على كل أحد.

قلتُ: فالمروي عنه «ما مدَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم رجليه بين يدي جليس قط» وهذا من الشمائل، وإبداء الركبة على ما ذكر في بعض الروايات كناية عن هذا المعنى أيضًا، هذا كله مما أشار إليه في «المبسوط».

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الشَّهْوَةَ عَلَيْهِنَّ غَالِبَةٌ، تفسير الفرق هو أن الشهوة لمَّا كانت

أَنَّ الشَّهْوَةَ عَلَيْهِنَّ غَالِبَةٌ وَهُوَ كَالْمُتَحَقِّقِ اعْتِبَارًا، فَإِذَا اشْتَهَى الرَّجُلُ كَانَتْ الشَّهْوَةُ مَوْجُودَةً فِي الجَانِبَيْنِ، وَلا كَذَلِكَ إذَا اشْتَهَتِ المَرْأَةُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً وَاعْتِبَارًا فَكَانَتْ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَالْمُتَحَقِّقُ مِنَ الجَانِبَيْنِ فِي الإِفْضَاءِ إِلَى المُحَرَّمِ أَقْوَى مِنَ المُتَحَقِّقِ فِي جَانِبٍ وَاحِدٍ.

قَالَ: (وَتَنْظُرُ المَرْأَةُ مِنَ المَرْأَةِ إِلَى مَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنَ الرَّجُلِ) لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ، وَانْعِدَامِ الشَّهْوَةِ غَالِبًا كَمَا فِي نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ وَكَذَا الضَّرُورَةُ

غالبة عليهن قامت غلبة الشهوة مقام المتحقق؛ لأن الغالب يقوم مقام المتحقق في كثير من الصور، حتى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة، لا لحقيقه الصدق والصحة.

وكذلك تجويز أبي حنيفة رحمه الله صلاة من كان في السفينة قاعدًا إنما كان باعتبار دوران الرأس غالبًا فجعله كدورانه حقيقة، ولمَّا اشتهى الرجل في نظره إلى المرأة كانت الشهوة موجودة من الجانبين، فمن جانب المرأة حكماً واعتبارًا ومن جانب الرجل حقيقةً، وأمَّا إذا نظرت المرأة إلى الرجل مشتهية والرجل لم ينظر إليها كانت الشهوة موجودة من جانب واحدٍ وهو جانب المرأة، وأمَّا من جانب الرجل فلم توجد الشهوة أصلًا لا حقيقةً؛ لأنه لم ينظر إليها، ولا حكمًا واعتبارًا؛ لأن الشهوة ليست بغالبة من جانب الرجل حتى تقوم الغلبة مقام الحقيقة حكمًا، فكانت الشهوة من جانب المرأة لا غير، فلذلك استحب لها أن تغضّ بصرها ووجب على الرجل أن يغض بصره إذا اشتهى في النظر إليها.

وقوله: غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً -؛ لأنه غير ناظر إليها - وَاعْتِبَارًا، أي: غير موجودة اعتبارًا لعدم غلبة الشهوة.

قوله: وَكَذَا الضَّرُورَةُ قَدْ تَحَقَّقَتْ إِلَى الِانْكِشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ، أي: في الحمام، وهذا دليل على أنَّهن لا يمنعن عن الدخول في الحمام خلافًا لما يقوله بعض الناس؛ وذلك لأن العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل

قَدْ تَحَقَّقَتْ إِلَى الِانْكِشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ نَظَرَ الْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مَحَارِمِهِ، بِخِلَافِ نَظَرِهَا إِلَى الرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الرِّجَالَ يَحْتَاجُونَ إِلَى زِيَادَةِ الِانْكِشَافِ لِلِاشْتِغَالِ بِالْأَعْمَالِ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ وَزَوْجَتِهِ إِلَى فَرْجِهَا) وَهَذَا إِطْلَاقٌ فِي النَّظَرِ إِلَى سَائِرِ بَدَنِهَا عَنْ شَهْوَةٍ وَغَيْرِ شَهْوَةٍ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «غُضَّ بَصَرَكَ إِلَّا عَنْ أَمَتِكَ وَامْرَأَتِكَ»؛ وَلِأَنَّ مَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنَ الْمَسِّ وَالْغَشَيَانِ مُبَاحٌ فَالنَّظَرُ أَوْلَى، إِلَّا أَنَّ الْأَوْلَى أَنْ لَا يَنْظُرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى عَوْرَةِ صَاحِبِهِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلْيَسْتَتِرْ مَا اسْتَطَاعَ وَلَا يَتَجَرَّدَانِ تَجَرُّدَ العِيرِ»؛ وَلِأَنَّ ذَلِكَ يُورِثُ النِّسْيَانَ لِوُرُودِ الْأَثَرِ. وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - يَقُولُ: الْأَوْلَى أَنْ يَنْظُرَ لِيَكُونَ أَبْلَغَ فِي تَحْصِيلِ مَعْنَى اللَّذَّةِ.

على صحة ما قلنا، وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال؛ لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ، قيَّد بالحل؛ لأن إباحة النظر إلى جميع بدن أمته مبنية على حل الوطء، وفيما لا يحل له من أمته كأمته المجوسية، وأمته التي هي أخته من الرضاعة كان حكمها في النظر كأمة الغير.

العِير: الحمار الوحشي، وإنما قيَّد به؛ لأن في الأهلي نوع ستر من الأقتاب والثفر، وفي شمائل الصديق رضي الله عنه: «ما نظر إلى عورته قط، ولا مسَّها بيمينه»، فما ظنك بعورة الغير؟.

قوله: وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا يَقُولُ: الْأَوْلَى أَنْ يَنْظُرَ - الرجل إلى فرج امرأته وقت الوقاع - لِيَكُونَ أَبْلَغَ فِي تَحْصِيلِ مَعْنَى اللَّذَّةِ، وعن أبي يوسف رحمه الله في «الأمالي»

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَى الوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالعَضُدَيْنِ. وَلَا يَنْظُرُ إِلَى ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا وَفَخِذِهَا) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآيَةَ، وَالمُرَادُ وَاللهُ أَعْلَمُ مَوَاضِعُ الزِّينَةِ وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ السَّاعِدُ وَالأُذُنُ وَالعُنُقُ وَالقَدَمُ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَوْضِعُ الزِّينَةِ، بِخِلَافِ الظَّهْرِ وَالبَطْنِ وَالفَخِذِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ مَوَاضِعِ الزِّينَةِ، وَلِأَنَّ البَعْضَ يَدْخُلُ عَلَى البَعْضِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَاحْتِشَامٍ وَالمَرْأَةُ فِي بَيْتِهَا

قال: سألتُ أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته، أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها، هل ترى بذلك بأسًا؟ قال: لا، أرجو أن يعظم الأجر، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَا يَنْظُرُ إِلَى ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا، ولا أن يمس ذلك منها، وقال الشافعي رحمه الله في القديم: لا بأس بذلك، وجعل حالها كحال الجنس في النظر، وهذا ليس بصحيح فإن حكم الظهار ثابت بالنص.

وصورته أن يقول لامرأته: أنتَ عليَّ كظهر أمي، وهو منكر من القول وزور؛ لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة، فلو كان النظر إلى ظهر الأم حلالًا له لكان هذا تشبيه محللة بمحللةٍ، فإذا ثبتَ هذا في الظهر ثبتَ في البطن؛ لأنه أقرب إلى المأتى وإلى أن يكون مشتهًى منها، والجنبان كذلك.

قوله: وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ، ذكر الزينة هنا مبالغة في النهي عن إبداء مواضعها كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا ٱلْقَلَـٰٓئِدَ﴾ [المائدة: ٢]، في حرمة تعرض محلها.

قوله: وَالمُرَادُ وَاللهُ أَعْلَمُ مَوَاضِعُ الزِّينَةِ وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، أي: من الوجه، والرأس إلى آخره.

وإنما قلنا إن هذه مواضع الزينة؛ لأن الرأس موضع التاج والإكليل، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة، والصدر كذلك، فالقلادة والوشاح قد ينتهي إلى الصدر،

فِي ثِيَابِ مِهْنَتِهَا عَادَةً، فَلَوْ حَرُمَ النَّظَرُ إِلَى هَذِهِ الْمَوَاضِعِ أَدَّى إِلَى الْحَرَجِ، وَكَذَا الرَّغْبَةُ تَقِلُّ لِلْحُرْمَةِ الْمُؤَبَّدَةِ فَقَلَّمَا تُشْتَهَى، بِخِلَافِ مَا وَرَاءَهَا، لِأَنَّهَا لَا تَنْكَشِفُ عَادَةً. وَالْمَحْرَمُ مَنْ لَا تَجُوزُ الْمُنَاكَحَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا عَلَى التَّأْبِيدِ بِنَسَبٍ كَانَ أَوْ بِسَبَبٍ كَالرَّضَاعِ وَالْمُصَاهَرَةِ لِوُجُودِ الْمَعْنَيَيْنِ فِيهِ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ الْمُصَاهَرَةُ بِنِكَاحٍ أَوْ سِفَاحٍ فِي الْأَصَحِّ لِمَا بَيَّنَّا.

والأذنُ موضع القرط، والعضد موضع الدملوج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: لمَّا كان ينظر الرجل من ذوات محارمه إلى مواضع الزينة كلها، كان ينبغي أن ينظر إلى ظهرها أيضاً؛ لأن ظهرها موضع القراميل كما في هذه المواضع التي هي مواضع الزينة.

قلتُ: ينظر إلى القراميل ولكن لا ينظر إلى ظهرها بدون حائل، بخلاف سائر مواضع الزين؛ لأن أمر القراميل على خلاف أمر سائر الحلي؛ لأن القراميل لا تقع إلا فوق اللباس، ويجوز النظر إلى الثوب الواقع على الظهر والبطن للأجانب فضلاً عن هولاء، إلا إذا كان يصف لرقتة فحينئذٍ لا يحل النظر إليه، فلا يحل النظر إلى القراميل الواقعة عليه.

ثم هذا الذي ذكره في حق المحارم مواقع الزينة الخفية، وكذلك مواقع الزينة الظاهرة: الوجه موقع الكحل في عينيه، والخضاب بالوشمة في حاجبيه وشاربيه، والغمرة في خديه والكف والقدم، وقد ذكرناه، إلى هذا أشار في «الكشاف».

قوله: لِوُجُودِ الْمَعْنَيَيْنِ - وهما الضرورة وقلة الرغبة - فِيهِ، أي: في المحرم، وهذا إشارة إلى ما ذكره بقوله: فَلَوْ حَرُمَ النَّظَرُ إِلَى هَذِهِ الْمَوَاضِعِ أَدَّى إِلَى الْحَرَجِ، وَكَذَا الرَّغْبَةُ تَقِلُّ لِلْحُرْمَةِ الْمُؤَبَّدَةِ.

وقوله: فِي الْأَصَحِّ، متعلق بقوله: أَوْ سِفَاحٍ؛ لأن اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح؛ لأنه ذكر في «المبسوط» بعدما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا) لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ فِي المُسَافَرَةِ وَقِلَّةِ الشَّهْوَةِ لِلْمَحْرَمِيَّةِ، بِخِلَافِ وَجْهِ الأَجْنَبِيَّةِ وَكَفَّيْهَا حَيْثُ لا يُبَاحُ المَسُّ وَإِنْ أُبِيحَ النَّظَرُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ مُتَكَامِلَةٌ (إِلَّا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهَا أَوْ عَلَى نَفْسِهِ الشَّهْوَةَ) فَحِينَئِذٍ لا يَنْظُرُ وَلا يَمَسُّ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «العَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا النَّظَرُ، وَاليَدَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا البَطْشُ»، وَحُرْمَةُ الزِّنَا بِذَوَاتِ المَحَارِمِ أَغْلَظُ فَيُجْتَنَبُ. (وَلا بَأْسَ بِالخَلْوَةِ وَالمُسَافَرَةِ بِهِنَّ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا تُسَافِرُ

والمحرمة بالرضاع فقال:

وكذلك المحرمة بالمصاهرة؛ لأن الله تعالى سوَّى بينهما بقوله تعالى: ﴿فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤]، إلا أن مشايخنا رحمهم الله يختلفون فيما إذا كان ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا، فقال بعضهم: لا يثبت بل حل المسّ والنظر؛ لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزانِي لا بطريق النعمة؛ ولأنه قد جرب مرَّة فظهرت خيانته فلا يؤتمن ثانيًا، والأصح أنه لا بأس بذلك؛ لأنَّها محرمة عليه على التأبيد، ولا بأس بالنظر إلى محاسنها كما لو كان ثبوت حرمة المصاهرة بالنكاح.

ولا يجوز أن يقال: ثبوت الحرمة بطريق العقوبة هاهُنا؛ لأنا إنما نثبت الحرمة هاهُنا بالقياس على النكاح، فإذا جعلناها بطريق العقوبة لم تكن تلك الحرمة، وإثبات الحرمة ابتداءً بالرأي لا يجوز.

قوله: وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول: «أجد منها رائحة الجنة»، وكان إذا قدم من سفره بدأ بِها فعانقها وقبل رأسها، وقال صلى الله عليه وسلم: «من قبَّل رِجل أمِّه فكأنما قبل عتبة الجنة».

قوله: لا تُسَافِرُ المَرْأَةُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وكلمة (فوق) هاهنا صلة، فإن حرمة المسافرة

الْمَرْأَةُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا إِلَّا وَمَعَهَا زَوْجُهَا أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا» وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ» وَالْمُرَادُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَحْرَمًا، فَإِنِ احْتَاجَ إِلَى الْإِرْكَابِ وَالْإِنْزَالِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّهَا مِنْ وَرَاءِ ثِيَابِهَا وَيَأْخُذَ ظَهْرَهَا وَبَطْنَهَا دُونَ مَا تَحْتَهُمَا إِذَا أَمِنَا الشَّهْوَةَ، فَإِنْ خَافَهَا عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَيْهَا تَيَقُّنًا أَوْ ظَنًّا أَوْ شَكًّا فَلْيَجْتَنِبْ ذَلِكَ بِجَهْدِهِ، ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَهَا الرُّكُوبَ بِنَفْسِهَا يَمْتَنِعُ عَنْ ذَلِكَ أَصْلًا، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهَا يَتَكَلَّفُ بِالثِّيَابِ كَيْ لَا تُصِيبَهُ حَرَارَةُ عُضْوِهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِدِ الثِّيَابَ يَدْفَعُ الشَّهْوَةَ عَنْ قَلْبِهِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ مَمْلُوكَةِ غَيْرِهِ إِلَى مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ)؛ لِأَنَّهَا تَخْرُجُ لِحَوَائِجِ مَوْلَاهَا وَتَخْدُمُ أَضْيَافَهُ وَهِيَ فِي ثِيَابِ مِهْنَتِهَا، فَصَارَ حَالُهَا خَارِجَ الْبَيْتِ فِي حَقِّ الْأَجَانِبِ كَحَالِ الْمَرْأَةِ دَاخِلَهُ فِي حَقِّ مَحَارِمِهِ الْأَقَارِبِ. وَكَانَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - إِذَا رَأَى جَارِيَةً مُتَقَنِّعَةً،

ثابتة في ثلاثة أيام أيضًا، فكان نظير قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١].

قوله: فَإِنِ احْتَاجَتْ إِلَى الْإِرْكَابِ وَالْإِنْزَالِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّهَا مِنْ وَرَاءِ ثِيَابِهَا؛ لما رُوي: «أن رجلًا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن أمِّي سيئة الخلق، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أكانت سيئة الخلق حين حملتك؟ أكانت سيئة الخلق حين أرضعتك حولين؟ إلى أن قال الرجل: أرأيتَ لو حملتُها على عاتقي وحججتُ بها البيت أكنتُ قاضيًا حقها؟ فقال: لا، ولا طلعة».

ولأن بسبب الستر ينعدم معنى العورة، وبالمحرمية ينعدم معنى الشهوة، فلا بأس بمسها في الإركاب والإنزال كما في حق الجنس، كذا في «المبسوط».

عَلَاهَا بِالدُّرَّةِ وَقَالَ: أَلْقِي عَنْكِ الخِمَارَ يَا دَفَارُ أَتَتَشَبَّهِينَ بِالحَرَائِرِ وَلا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَى بَطْنِهَا وَظَهْرِهَا خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ أَنَّهُ يُبَاحُ إِلَّا إِلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ؛ لِأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ كَمَا فِي المَحَارِمِ، بَلْ أَوْلَى لِقِلَّةِ الشَّهْوَةِ فِيهِنَّ وَكَمَالِهَا فِي الإِمَاءِ. وَلَفْظَةُ المَمْلُوكَةِ تَنْتَظِمُ المُدَبَّرَةُ وَالمُكَاتَبَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ، وَالمُسْتَسْعَاةُ كَالمُكَاتَبَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى مَا عُرِفَ، وَأَمَّا الخَلْوَةُ بِهَا وَالمُسَافَرَةُ مَعَهَا فَقَدْ قِيلَ يُبَاحُ كَمَا فِي المَحَارِمِ، وَقَدْ قِيلَ لا يُبَاحُ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهِنَّ، وَفِي الإِرْكَابِ وَالإِنْزَالِ اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ الضَّرُورَةَ فِيهِنَّ وَفِي ذَوَاتِ المَحَارِمِ مُجَرَّدَ الحَاجَةِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) كَذَا ذَكَرَهُ فِي المُخْتَصَرِ، وَأَطْلَقَ أَيْضًا فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يُفَصِّلْ. قَالَ مَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ -: يُبَاحُ النَّظَرُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ وَإِنِ اشْتَهَى لِلضَّرُورَةِ، وَلا يُبَاحُ المَسُّ إِذَا اشْتَهَى أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ اسْتِمْتَاعٍ، وَفِي غَيْرِ حَالَةِ الشِّرَاءِ يُبَاحُ

قوله: عَلَاهَا بِالدُّرَّةِ، أي: ضرب علاوتها إلى رأسها.

قوله: الضَّرُورَةِ فِيهِنَّ، أي: الضرورة التي لا مدفع لها.

قوله: وَفِي المَحَارِمِ مُجَرَّدَ الحَاجَةِ، اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة.

قوله: وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ، أي: المواضع التي يجوز النظر إليها.

قوله: وَلَمْ يُفَصِّلْ، أي: بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان في النظر أو في المس، وقال: رجل أراد أن يشتري جارية لا باس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها، وينظر إلى صدرها وساقيها مكشوفين.

النَّظَرَ وَالمَسَّ بِشَرْطِ عَدَمِ الشَّهْوَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا حَاضَتِ الأَمَةُ لَمْ تَعْرِضْ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ) وَمَعْنَاهُ بَلَغَتْ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الظَّهْرَ وَالبَطْنَ مِنْهَا عَوْرَةٌ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ تُشْتَهَى وَيُجَامَعُ مِثْلُهَا فَهِيَ كَالبَالِغَةِ لا تَعْرِضُ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ لِوُجُودِ الِاشْتِهَاءِ.

قَالَ: (وَالخَصِيُّ فِي النَّظَرِ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ كَالفَحْلِ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا -: الخِصَاءُ مُثْلَةٌ فَلَا يُبِيحُ مَا كَانَ حَرَامًا قَبْلَهُ؛ وَلِأَنَّهُ فَحْلٌ يُجَامِعُ. وَكَذَا المَجْبُوبُ؛ لِأَنَّهُ يَسْحَقُ وَيُنْزِلُ، وَكَذَا المُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِنَ الأَفْعَالِ؛ لِأَنَّهُ فَحْلٌ فَاسِقٌ. وَالحَاصِلُ

قوله: الخِصَاءُ مُثْلَةٌ، يقال: خصاه، أي نزع خصيتيه، يخصيه خصاء على فعال، والإخصاء في معناه خطأ، وأمَّا الخصي على فَعْلٍ فقياس وإن لم نسمعه، كذا في «المغرب».

وذكر في «الإيضاح»: وقد رُوي عن عائشة رضي الله عنها أنَّها سئلت عن الخَصْي، فقالت: إنه رجل مثل به، والمثلة لا تحل ما حرم على غيره.

قوله: وَكَذَا المُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِنَ الأَفْعَالِ، وهو أن يمكن غيره من نفسه، احتِرازًا عن المخنث الذي في أعضائه لين وفي لسانه تكسر بأصل الخلقة، ولا يشتهي النساء، ولا يكون مخنثًا في الرديء من الأفعال، فإنه قد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالًا بقوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١]، قيل: هو المخنث الذي لا يشتهي النساء، وقيل: هو المجبوب الذي جفَّ ماؤه، وقيل: المراد منه الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما همُّه بطنه.

وفي هذا كلام أيضًا فإنه إذا كان شابًّا ينحى عن النساء، وإنما ذلك إذا كان شيخـًا كبيرًا قد ماتت شهوته فحينئذٍ يرخص في ذلك، والأصح أن نقول: قوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ﴾ من المتشابه، وقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠]، محكم فنأخذ

أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللهِ المُنَزَّلِ فِيهِ، وَالطِّفْلُ الصَّغِيرُ مُسْتَثْنًى بِالنَّصِّ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ لِلْمَمْلُوكِ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ سَيِّدَتِهِ إِلَّا مَا يَجُوزُ لِلْأَجْنَبِيِّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْهَا). وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ كَالمَحْرَمِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] وَلِأَنَّ الحَاجَةَ مُتَحَقِّقَةٌ لِدُخُولِهِ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ. وَلَنَا أَنَّهُ فَحْلٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ وَلا زَوْجٍ، وَالشَّهْوَةُ مُتَحَقِّقَةٌ لِجَوَازِ النِّكَاحِ فِي الجُمْلَةِ وَالحَاجَةُ قَاصِرَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ خَارِجَ البَيْتِ. وَالمُرَادُ بِالنَّصِّ الإِمَاءُ،

فيه بالمحكم فنقول: كل من كان من الرجال لا يحل لها أن تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها إلا أن يكون صغيرًا، فحينئذٍ لا بأس بذلك، كذا في «الذخيرة».

قوله: يُؤْخَذُ فِيهِ بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللهِ المُنَزَّلِ فِيهِ، - وهو قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] - وَالطِّفْلُ الصَّغِيرُ مُسْتَثْنًى بِالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور: ٣١]، وقد رُوي: «أنه كان في بيت أمِّ سلمة رضي الله عنها مخنَّث، فلمَّا حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطائفَ قال لعمر بن أمِّ سلمة: إذا فتح الله علينا بالطائف دللتك على ابنة غيلان فإنَّها تقبل بأربع وتدبر بثمان، فقال صلى الله عليه وسلم: أو هذا يعرف هذا؟ لا يدخل عليكنَّ»، كذا في «الإيضاح».

معنى قوله: تقبل بأربع وتدبر بثمان، المراد منه عُكن البطن، العُكن جمع العكنة، وهي الطي الذي يكون في البطن من السمن، أي: هنَّ أربع إذا أقبلت، وثمان إذا أدبرت؛ لأن لكل عكنة طرفين إلى جنبها.

قوله: وَالمُرَادُ بِالنَّصِّ - أي: بقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] - الإِمَاءُ، دون الغلمان، فكان الغلمان مخاطبين بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠]، فلذلك لم يجز للمملوك أن ينظر إلى سيدته.

فإن قلتَ: لا يصح حمل قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] على

....

الإماء لوجهين:

أحدهما: أن إباحة نظر الإماء إلى سيدتِهن استفيدت من قوله تعالى في تلك الآية: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، ثم لو حملت هذه الآية على الإماء يلزم فيه تكرار محض.

والثانِي: أن الإماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، وجبَ أن لا تكون مرادة من قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] أيضًا؛ وذلك لأن البيان بالحكم إنما يكون في موضع الإشكال، ولا يشكل لأحد أن للأمة أن تنظر إلى مولاتِها كما للأجنبيات، والملك إن لم يزد توسعة ينبغي أن لا يزيد تضييقًا، والمرويُّ عن أم سلمة موافق لما ذكرتُ؛ فإنه رُوي: «عن أم سلمة رضي الله عنها أنه كان لها مكاتب فلما انتهى إلى آخر النجوم قالت له: أتقدر على الأداء؟ فقال: نعم، فاحتجبتُ منه وقالت: سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إذا كان لإحداكنَّ مكاتب فأدى آخر النجوم فلتحتجب منه»، والمعنى أيضًا يعود إليه وهو أن بينهما سببًا محرمًا للنكاح ابتداءً وبقاءً فكان كالمحرمية.

قلتُ: أمَّا الوجه الأول الذي فيه دعوى التكرار، قلنا ليس كذلك فإن المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الحرائر المسلمات؛ لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كتابيَّة، كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما، والظاهر أنه عني بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر، والنساء كلهن سواء في حل نظر بعضهن إلى بعض، والمراد من: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] الإماء، كما قاله سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والموضع موضع الإشكال وهو الجواب عن الوجه الثانِي؛ لأن حال الأمة يقرب من حال الرجال حتى تسافر بغير محرم، فكان يشكل أنه هل يباح لها التكشف بين يدي أمتها؟ ولم يزل هذا الإشكال بقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]؛ لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، وحديث أمِّ سلمة رضي الله عنها محمول على الاحتجاب لمعنى زوال الحاجة.

فإن قيل: ذلك يحتاج إلى المعاملة معه بالأخذ والإعطاء فتبدي وجهها وكفها له، وقد زال ذلك بالأداء فاحتجت منه، وأمَّا حرمة المناكحة التي بينهما على عرضية الزوال، وكانت

قَالَ سَعِيدٌ وَالحَسَنُ وَغَيْرُهُمَا: لا تَغُرَّنَّكُمْ سُورَةُ النُّورِ فَإِنَّهَا فِي الإِنَاثِ دُونَ الذُّكُورِ.

قَالَ: (وَيَعْزِلُ عَنْ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَلا يَعْزِلُ عَنْ زَوْجَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهَا)؛ «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ العَزْلِ عَنِ الحُرَّةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَقَالَ لِمَوْلَى أَمَةٍ: اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ»، وَلِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّ الحُرَّةِ قَضَاءً لِلشَّهْوَةِ وَتَحْصِيلًا لِلْوَلَدِ وَلِهَذَا تُخَيَّرُ فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، وَلا حَقَّ لِلْأَمَةِ فِي الوَطْءِ فَلِهَذَا لا يُنْقَصُ حَقُّ الحُرَّةِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَيَسْتَبِدُّ بِهِ المَوْلَى وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ أَمَةَ غَيْرِهِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

في حقه بمنزلة منكوحة الغير أو معتدته؛ ولأن وجوب الستر عليها لمعنى خوف الفتنة وذلك موجود هاهُنا، وإنما ينعدم ذلك بالمحرمية؛ لأن الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة، وأمَّا الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الحشمة، فكان ادعى إلى خوف الفتنة ووجوب الستر، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الكشاف».

وقوله: قَالَ سَعِيدٌ، أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين، على ما ذكرنا من رواية «المبسوط».

والمراد من قوله: وَغَيْرُهُمَا، سمرة بن جندب، فإنه كان يقول كقول السعيدين، ذكره في «التيسير».

قوله: وَلَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ أَمَةَ غَيْرِهِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ، وهو قوله: وَإِذَا تَزَوَّجَ أَمَةً فَالإِذْنُ فِي العَزْلِ إِلَى المَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّ الإِذْنَ فِي العَزْلِ إِلَيْهَا، إلى آخره، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي الِاسْتِبْرَاءِ وَغَيْرِهِ)

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَإِنَّهُ لا يَقْرَبُهَا وَلا يَلْمِسُهَا وَلا يُقَبِّلُهَا وَلا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ «أَلا لا تُوطَأُ الحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَلا الحَيَالَى،

فصل في الاستبراء وغيره

أخَّر الاستبراء عن مطلق الوطء؛ لأن الاستبراء احتراز عن وطءٍ مقيد، فالمقيدُ بمنزلة المركب والمطلق بمنزلة المفرد، والمركب مؤخر عن المفرد.

وفي «فتاوى قاضي خان»: رجل أنكر وجوب الاستبراء اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يكفر؛ لأنه أنكر ما فيه إجماع المسلمين، وقال عامة المشايخ رحمهم الله: لا يكفر؛ لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، يقتضي إباحة الوطء مطلقًا، وإنما عرف وجوب الاستبراء بالخبر فلا يكفر جاحده.

اللمس: من حد ضربَ ونصرَ، وأَوْطَاس: موضع على ثلاث مراحل من مكة، كانت به وقعة النبي صلى الله عليه وسلم.

الحَبَالَى: جمع الحبلى، والحَيَالَى: جمع الحائل وهي التي لا حبل بها، وقيل: إنما قال هاهنا الحيالى ليزاوج الحبالى، والقياس أن يقال: الحوايل؛ لأنَّها جمع حايل، ونظيره الغدايا والعشايا، والقياس الغدوات.

استبراء الجارية: طلب براءة رحمها من الحمل، ثم قيل: الاستبراء عبارة عن التعرف

حَتَّى يُسْتَبْرَأَنَ بِحَيْضَةٍ» أَفَادَ وُجُوبَ الِاسْتِبْرَاءِ عَلَى المَوْلَى، وَدَلَّ عَلَى السَّبَبِ فِي المَسْبِيَّةِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَاليَدِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المَوْجُودُ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الحِكْمَةَ فِيهِ التَّعَرُّفُ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ صِيَانَةً لِلْمِيَاهِ المُحْتَرَمَةِ عَنِ الِاخْتِلَاطِ وَالأَنْسَابِ عَنِ الِاشْتِبَاهِ، وَذَلِكَ عِنْدَ حَقِيقَةِ الشُّغْلِ أَوْ تَوَهُّمِ الشُّغْلِ بِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَبِ، وَيَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي لا عَلَى البَائِعِ؛ لِأَنَّ العِلَّةَ الحَقِيقِيَّةَ إِرَادَةُ الوَطْءِ، وَالمُشْتَرِي هُوَ الَّذِي يُرِيدُهُ دُونَ البَائِعِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الإِرَادَةَ أَمْرٌ مُبْطَنٌ فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَى دَلِيلِهَا، وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ الوَطْءِ وَالتَّمَكُّنُ

والتبصر احتياطًا.

وفي قوله: حَتَّى يُسْتَبْرَأَنَ، الصواب بالهمز، كذا في «المغرب».

قوله: أَفَادَ وُجُوبَ الِاسْتِبْرَاءِ عَلَى المَوْلَى، فإنه إذا قيل: لا يضربُ فلانٌ، يكون ذلك نَهيًا للضارب عن الضرب لا خطابًا للمضروب، وكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، والحكمة في ذلك تعرف براءة الرحم، وصيانته ماءَ نفسه عن الخلط بماءٍ آخر، والتحرز عن أن يصير ساقيًا زرع غيره، ولكن الحكم يثبت بثبوت علته، ولهذا قلنا: إذا اشتراها من امرأةٍ أو صبيٍّ باعها أبوه، أو اشتراها وهي بكر، أو اشتراها من مملوك يلزمه الاستبراء لوجود العلة الموجبة، وهي حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: إذا كان يتيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه استبراء واجب؛ لأن الاستبراء كاسمه لتبيين فراغ الرحم، وقاس بالمطلقة قبل الدخول أنه لا يلزمها العدة؛ لأن المقصود من العدة في حال الدخول تبيين فراغ الرحم.

ولكنا نقول: هذه حكم الاستبراء والحكم يتعلق بالعلة لا بالحكمة، ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفته حقيقةً، فيتعلق الحكم شرعًا بالسبب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة، فدار الحكم معه وجودًا وعدمًا للتيسير على الناس، كذا

إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالمِلْكِ وَاليَدِ فَانْتَصَبَ سَبَبًا وَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلَيْهِ تَيْسِيرًا، فَكَانَ السَّبَبُ اسْتِحْدَاثَ مِلْكِ الرَّقَبَةِ المُؤَكَّدِ بِاليَدِ وَتَعَدِّي الحُكْمِ إِلَى سَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ كَالشِّرَاءِ وَالهِبَةِ وَالوَصِيَّةِ وَالمِيرَاثِ وَالخُلْعِ وَالكِتَابَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَكَذَا يَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ وَمِنَ المَرْأَةِ وَالمَمْلُوكِ وَمِمَّنْ لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَكَذَا

في «المبسوط».

قوله: وَالكِتَابَةِ، بأن كاتبَ عبده على جارية.

قوله: وَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ، بأن باعه أبوه أو وصيه.

قوله: وَالمَمْلُوكِ، أي: يجب الاستبراء فيما إذا اشترى الجارية من عبد مأذون في التجارة، وكذلك يجب الاستبراء على المولى في جارية اشتراها من عبده المديون في جواب الاستحسان على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وصورة ذلك ما ذكره في «المبسوط» فقال:

فإن اشتراها من عبد له تاجر فلا استبراء له عليه إن كانت قد حاضت حيضة بعدما اشتراها العبد ولا دين عليه؛ لأن المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك من الاستبراء، كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة، وإن كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه، ولهذا لو أعتقه جاز عتقه، فأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله ففي القياس كذلك؛ لأن العبد ليس من أهل أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة، ولا يثبت ذلك للغرماء أيضًا بسبب دينهم، والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر، فإذا حاضت بعدما صار المولى أحق بها تجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء، ولكنه استحسن فقال: عليه أن يستبرئها بعدما يشتريها من العبد؛ لأنه قبل الشراء كان لا يملك رقبتها عنده حتى إذا أعتقها لم ينفذ عتقه، فلمَّا حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها.

قوله: وَمِمَّنْ لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، أي: لو اشتراها من رجل لا يحل له وطئها يجب الاستبراء

إِذَا كَانَتِ الْمُشْتَرَاةُ بِكْرًا لَمْ تُوطَأْ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَإِدَارَةِ الأَحْكَامِ عَلَى الأَسْبَابِ دُونَ الحُكْمِ لِبُطُونِهَا فَيُعْتَبَرُ تَحَقُّقُ السَّبَبِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الشُّغْلِ. وَكَذَا لا يُجْتَزَأُ بِالحَيْضَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا فِي أَثْنَائِهَا وَلا بِالحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ أَسْبَابِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ، وَلَا بِالوِلادَةِ الحَاصِلَةِ بَعْدَهَا قَبْلَ القَبْضِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ السَّبَبَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَاليَدِ، وَالحُكْمُ لا يَسْبِقُ السَّبَبَ، وَكَذَا لا يُجْتَزَأُ بِالحَاصِلِ قَبْلَ الإِجَازَةِ فِي بَيْعِ الفُضُولِيِّ وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي، وَلا بِالحَاصِلِ بَعْدَ القَبْضِ فِي الشِّرَاءِ الفَاسِدِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا شِرَاءً صَحِيحًا لِمَا قُلْنَا.

(وَيَجِبُ فِي جَارِيَةٍ لِلْمُشْتَرِي فِيهَا شِقْصٌ فَاشْتَرَى البَاقِيَ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَمَّ الآنَ، وَالحُكْمُ يُضَافُ إِلَى تَمَامِ العِلَّةِ، وَيُجْتَزَأُ بِالحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ القَبْضِ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ بِأَنْ كَاتَبَهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ ثُمَّ أَسْلَمَتِ المَجُوسِيَّةُ أَوْ عَجَزَتِ

على المشتري، وصورة ذلك ما اذا اشترى جارية من بائع ورثها من ابنه الذي استمتع بها، أو اشتراها من بائع كانت الجارية أختًا له من الرضاعة.

قوله: وَكَذَا لا يُجْتَزَأُ بِالحَيْضَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا فِي أَثْنَائِهَا، أي: في أثناء الحيضة، إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإنَّها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها لتيقن فراغ رحمها بناءً على أصله.

لكنا نقول: الشرع ألزمها الاستبراء بحيضة والحيضة لا تتجزأ، وقد تعذر الاحتساب من الاستبراء بما مضى منها قبل الشراء فلا يحتسب بجميعها منه، كما لو طلق امرأة في حالة الحيض لا يحتسب بهذه الحيضة من العدَّة، ولئن كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه إكمالها من حيضة أخرى، وإذا وجبَ جزء من الحيضة الثانية وجبَ كلها.

الْمُكَاتَبَةُ لِوُجُودِهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمِلْكِ وَالْيَدِ إِذْ هُوَ مُقْتَضٍ لِلْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ لِمَانِعٍ كَمَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ (وَلَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ إِذَا رَجَعَتِ الْآبِقَةُ أَوْ رُدَّتِ الْمَغْصُوبَةُ أَوِ الْمُؤَاجَرَةُ) أَوْ فُكَّتِ الْمَرْهُونَةُ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمِلْكِ وَالْيَدِ وَهُوَ سَبَبٌ مُتَعَيِّنٌ فَأُدِيرَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ وُجُودًا وَعَدَمًا، وَلَهَا نَظَائِرُ كَثِيرَةٌ كَتَبْنَاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى. وَإِذَا ثَبَتَ وُجُوبُ الِاسْتِبْرَاءِ وَحُرْمَةُ الْوَطْءِ حَرُمَ الدَّوَاعِي لِإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ. أَوْ لِاحْتِمَالِ وُقُوعِهَا فِي غَيْرِ الْمِلْكِ عَلَى اعْتِبَارِ ظُهُورِ الْحَبَلِ وَدَعْوَةِ الْبَائِعِ. بِخِلَافِ الْحَائِضِ حَيْثُ لَا تَحْرُمُ الدَّوَاعِي فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُحْتَمَلُ الْوُقُوعُ

قوله: وَلَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ إِذَا رَجَعَتِ الْآبِقَةُ، إلى أن قال: وَلَهَا نَظَائِرُ، وحاصل ذلك أن الأمة إذا لم تخرج من ملك المولى ولكنَّها خرجت من يده ثم عادت إليه لا يجب الاستبراء.

ومن نظائر ذلك ما إذا كاتبَ أمته ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء، وكذلك لو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام وسلم إلى المشتري ثم أبطل البيع في مدَّة الخيار لا يلزمه الاستبراء، وكذلك إذا باع المدبرة أو أم الولد وسلم إلى المشتري ثم استردها من المشتري قبل الوطء لا يلزمه الاستبراء، فإن استردها بعدما وطئها المشتري يلزمه الاستبراء، وهذا الذي ذكره في الإباق فيما إذا أبقت ولم تخرج من دار الإسلام.

وأمَّا لو أبقت ودخلت في دار الحرب ثم أخرجت إلى دار الإسلام بغنيمة أو شراء وأخذها المولى قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجب عليه الاستبراء، وقال صاحباه يجب، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَحُرْمَةُ الْوَطْءِ حَرُمَ الدَّوَاعِي لِإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ، أي: لإفضاء الدواعي إلى الوطء، كما إذا ظاهر من امرأته لما حرم عليه وطؤها حرم عليه دواعيه، بخلاف الحيض فإن المحرم بسبب الحيض استعمال موضع الأذى كما وقعت الإشارة إليه بالنص، ولا يوجد ذلك في التقبيل والمس، كذا في «المبسوط».

فِي غَيْرِ المِلْكِ، وَلِأَنَّهُ زَمَانُ نَفْرَةٍ فَالإِطْلَاقُ فِي الدَّوَاعِي لا يُفْضِي إِلَى الوَطْءِ وَالرَّغْبَةُ فِي المُشْتَرَاةِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَصْدَقُ الرَّغَبَاتِ فَتُفْضِي إِلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّوَاعِيَ فِي المَسْبِيَّةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا لا تَحْرُمُ؛ لِأَنَّهَا لا يُحْتَمَلُ وُقُوعُهَا فِي غَيْرِ المِلْكِ لِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ بِهَا حَبَلٌ لا تَصِحُّ دَعْوَةُ الحَرْبِيِّ، بِخِلَافِ المُشْتَرَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

(وَالِاسْتِبْرَاءُ فِي الحَامِلِ بِوَضْعِ الحَمْلِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَفِي ذَوَاتِ الأَشْهُرِ بِالشَّهْرِ)؛ لِأَنَّهُ أُقِيمَ فِي حَقِّهِنَّ مَقَامَ الحَيْضِ كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ، وَإِذَا حَاضَتْ فِي أَثْنَائِهِ بَطَلَ الِاسْتِبْرَاءُ بِالأَيَّامِ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالبَدَلِ كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ. فَإِنِ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا تَرَكَهَا، حَتَّى إِذَا تَبَيَّنَ أَنْ لَيْسَتْ بِحَامِلٍ وَقَعَ عَلَيْهَا وَلَيْسَ فِيهِ تَقْدِيرٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَقِيلَ يَتَبَيَّنُ بِشَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَرْبَعَةُ

قوله: وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّوَاعِيَ فِي المَسْبِيَّةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا لا تَحْرُمُ، وهذا من أعجب المسائل حيث يثبت الحكم في الفرع أكثر مما يثبت في الأصل، حيث لم تحرم الدواعي في المسبية التي ورد نص الاستبراء فيها، ثم تعدى منها إلى المشتراة وغيرها معنى النص فأثبت حرمة الوطء ودواعيه، فكان فيه إثبات الحكم في الفرع أكثر ممَّا هو في الأصل، ولكن ذكر باعتبار اقتضاء الدليل ذلك على ما هو المذكور في الكتاب.

قوله: فَإِنِ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا تَرَكَهَا - أي: إن ارتفع حيضها لا بالإياس ولا بالصغر بأن امتد طهرها في أوان الحيض يجب عليه أن يتركها ولا يطأها - حَتَّى إِذَا تَبَيَّنَ أَنْ لَيْسَتْ بِحَامِلٍ وَقَعَ عَلَيْهَا، أي: جامعها؛ لأن المقصود تبيين فراغ رحمها من ماء البائع لنتيقن بصحة البيع ووقوع الملك للمشتري فيها، وقد حصل ذلك إذا مضى من المدَّة ما لو كانت حبلى ظهر ذلك بها.

وليس في ذلك تقدير بشيءٍ فيما يُروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إلا أن

أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ، وَعَنْهُ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ اعْتِبَارًا بِعِدَّةِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ فِي الوَفَاةِ. وَعَنْ زُفَرَ سَنَتَانِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِالاِحْتِيَالِ لِإِسْقَاطِ الاِسْتِبْرَاءِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ) وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَيْنِ فِي الشُّفْعَةِ. وَالمَأْخُوذُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّ البَائِعَ لَمْ يَقْرَبْهَا فِي طُهْرِهَا ذَلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِيمَا إِذَا قَرِبَهَا. وَالحِيلَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَحْتَ المُشْتَرِي حُرَّةٌ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا قَبْلَ الشِّرَاءِ ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا. وَلَوْ كَانَتْ فَالحِيلَةُ أَنْ يُزَوِّجَهَا البَائِعُ قَبْلَ الشِّرَاءِ أَوِ المُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ،

مشايخنا قالوا: يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة أشهر.

قوله: وَعَنْ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ سَنَتَانِ؛ لأنه أكثر مدة الحبل، وكان أبو مطيع رحمه الله يقول: يستبرئها بتسعة أشهر هي مدة الحبل في النساء عادةً، والأول أصح، وهو أن يتركها مدة ما لو كانت حبلى ظهر ذلك كما في شهرين أو ثلاثة؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون وليس في ذلك نصٌّ، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَتْ - أي: ولو كانت تحت المشتري حرة - فَالحِيلَةُ أَنْ يُزَوِّجَهَا البَائِعُ قَبْلَ الشِّرَاءِ، ثم يشتريها المشتري ويقبضَها، أو يزوجها المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يقبضها ثم يطلق الزوج، ثم إن التزويج وإن كان قبضًا حكمًا ولكن ليس بقبضٍ ممكن من الوطء، والقبض الممكن من الوطء جزء العلة فلا بدَّ منه ومن الملك فلا بد أن يقع الاستبراء بعدهما.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: ويشترط أن يكون طلاق الزوج بعد قبض المشتري، فإن طلقها قبل القبض كان على المشتري أن يستبرئها إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد رحمه الله؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض، فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد فيصير كأنه اشتراها في هذه الحالة، وهي ليست في نكاح ولا عدة، فيلزمه الاستبراء.

مِمَّنْ يُوثَقُ بِهِ ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا وَيَقْبِضَهَا ثُمَّ يُطَلِّقَ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ المُؤَكَّدِ بِالقَبْضِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَرْجُهَا حَلَالًا لَهُ لا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ. وَإِنْ حَلَّ بَعْدَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ أَوَانُ وُجُودِ السَّبَبِ كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةَ الغَيْرِ.

قَالَ: (وَلا يَقْرَبُ المَظَاهِرُ وَلا يَلْمِسُ وَلا يُقَبِّلُ وَلا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يُكَفِّرَ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ الوَطْءُ إِلَى أَنْ يُكَفِّرَ حَرُمَ الدَّوَاعِي لِلْإِفْضَاءِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ سَبَبَ الحَرَامِ حَرَامٌ كَمَا فِي الِاعْتِكَافِ وَالإِحْرَامِ وَفِي المَنْكُوحَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ، بِخِلَافِ حَالَةِ الحَيْضِ وَالصَّوْمِ؛ لِأَنَّ الحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمْرِهَا وَالصَّوْمَ يَمْتَدُّ شَهْرًا فَرْضًا وَأَكْثَرَ العُمْرِ نَفْلًا، فَفِي المَنْعِ عَنْهَا بَعْضُ الحَرَجِ، وَلا كَذَلِكَ مَا عَدَدْنَاهَا لِقُصُورِ مُدَدِهَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ يُقَبِّلُ وَهُوَ صَائِمٌ وَيُضَاجِعُ نِسَاءَهُ وَهُنَّ حُيَّضٌ».

ثم قيَّد بقوله: **مِمَّنْ يُوثَقُ بِهِ**؛ لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فلا يجزئ الاحتيال في إسقاط الاستبراء بهذه الحيلة.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: وإذا اشترى جاريةً وأراد أن يزوجها قبل القبض وخافَ أنه لو زوجها من عبده أو أجنبي رُبَّما لا يطلقها الزوج، فالحيلة له أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء.

قوله: كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةَ الغَيْرِ، يعني: إذا اشترى أمة معتدَّة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء؛ لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالًا للمشتري، فلمَّا لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجدد السبب.

قوله: لِأَنَّ الحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمْرِهَا، أي: يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر، فكان قريبًا بخمسة عشر يومًا وهي نصف الشهر.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ أَمَتَانِ أُخْتَانِ فَقَبَّلَهُمَا بِشَهْوَةٍ فَإِنَّهُ لا يُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا وَلا يُقَبِّلُهَا وَلا يَمَسُّهَا بِشَهْوَةٍ وَلا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يَمْلِكَ فَرْجَ الأُخْرَى غَيْرُهُ بِمِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يُعْتِقُهَا)، وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ المَمْلُوكَتَيْنِ لا يَجُوزُ وَطْئًا لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وَلا يُعَارَضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لِلْمُحَرِّمِ، وَكَذَا

قوله: وَمَنْ لَهُ أَمَتَانِ أُخْتَانِ فَقَبَّلَهُمَا بِشَهْوَةٍ فَإِنَّهُ لا يُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا، قيَّد بقوله: قَبَّلَهُمَا؛ لأنه إذا لم يقبلهما أصلًا كان له أن يقبّل ويطأ أيتهما شاء، سواء كان اشتراهما معًا أو كان اشتراهما على التعاقب، وإن كان قبّل واحدةٍ منهما كان له أن يطأ المقبّلة دون الأخرى، وأمّا إذا كان قبّلهما فالحكم ما ذكره، وقيَّد بقوله: بِشَهْوَةٍ؛ لأن تقبيلهما إذا لم يكن عن شهوة صار كأنه لم يقبّلها أصلًا.

وفي «المبسوط»: وإذا وطئ الرجل أمته ثم اشترى أختها كان له أن يطأ الأولى وليس له أن يطأها الثانية؛ لأنه إذا وطئ الثانية يصير جامعًا بين الأختين وطئـًا بملك اليمين وذلك لا يحل؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣].

وكان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما، فكان عثمان رضي الله عنه يقول: أحلتهما آيةٌ، يعني قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦]، وحرمتهما آية يعني قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، فكان يتوقف فيه، وكان علي رضي الله عنه يرجح التحريم؛ لأنه إن كان المرادُ الجمعَ بينهما وطئـًا فهو نصٌّ خاصٌّ، وإن كان المراد الجمع بينهما نكاحًا فالنكاح سبب مشروع للوطئ، فحرمة الجمع بينهما نكاحًا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئـًا، فأخذنا بقول عليٍّ رضي الله عنه احتياطًا لتغليب الحرمة على الإباحة.

وإن لم يكن وطئ الأولى حتى اشترى الثانية، أو اشتراهما معًا فله أن يطأ أيتهما شاء؛

لا يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الدَّوَاعِي لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلِأَنَّ الدَّوَاعِيَ إِلَى الوَطْءِ بِمَنْزِلَةِ الوَطْءِ فِي التَّحْرِيمِ عَلَى مَا مَهَّدْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، فَإِذَا قَبَّلَهُمَا فَكَأَنَّهُ وَطِئَهُمَا، وَلَوْ وَطِئَهُمَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَامِعَ إِحْدَاهُمَا وَلا أَنْ يَأْتِيَ بِالدَّوَاعِي فِيهِمَا، فَكَذَا إِذَا قَبَّلَهُمَا وَكَذَا إِذَا مَسَّهُمَا بِشَهْوَةٍ أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهِمَا بِشَهْوَةٍ لِمَا بَيَّنَّا إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ فَرْجَ الأُخْرَى غَيْرُهُ بِمِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يُعْتِقَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ عَلَيْهِ فَرْجُهَا لَمْ يَبْقَ جَامِعًا. وَقَوْلُهُ بِمِلْكٍ أَرَادَ بِهِ مِلْكَ يَمِينٍ فَيَنْتَظِمُ التَّمْلِيكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِهِ بَيْعًا أَوْ غَيْرَهُ،

لأن كل واحدة منهما مملوكة له، وبوطء إحداهما لا يصير مرتكباً لما هو المحرم وهو الجمع بينهما وطئاً، فله أن يطأ أيتهما شاء، وإن وطئ إحداهما لم يكن له أن يطأ الأخرى؛ لأنه لو وطئ الأخرى صار جامعًا بينهما وطئاً.

قوله: وَلَوْ وَطِئَهُمَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَامِعَ إِحْدَاهُمَا، إلى قوله: إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ فَرْجَ الأُخْرَى غَيْرُهُ بِمِلْكٍ - يمين - أَوْ نِكَاحٍ، ثم لو زوَّج إحداهما فله أن يطأ الباقية منهما؛ لأن المنكوحة صارت فراشاً للزوج، وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم أثر وطء المولى حكمًا، ولهذا لو جاءت بالولد بعد ذلك لا يثبت النسب من المولى، وإن ادعى فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول.

ولو تزوج إحدى الأختين ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يتزوج الأخرى من ساعته، فهاهُنا أيضًا له أن يجامع الأخرى، غير أنِّي أحب له أن لا يجامعها حتى تحيض أختها حيضةً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الأخر أن يجمع ماءه في رحم أختين»، وكذلك الزوج يستحب له أن لا يقرب التي تزوج حتى تحيض حيضة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ينبغي لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهرٍ واحدٍ»، فإن طلقها الزوج وانقضت عدتها لم ينبغ للمولى أن يطأ واحدة منهما حتى يزوج إحداهما أو يبيع؛ لأن حق الزوج سقط عنها بالطلاق ولم يبق أثره بعد انقضاء العدة، فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج، كذا في «المبسوط».

وَتَمْلِيكُ الشِّقْصِ فِيهِ كَتَمْلِيكِ الكُلِّ؛ لِأَنَّ الوَطْءَ يَحْرُمُ بِهِ، وَكَذَا إِعْتَاقُ البَعْضِ مِنْ إِحْدَاهُمَا كَإِعْتَاقِ كُلِّهَا، وَكَذَا الكِتَابَةُ كَالإِعْتَاقِ فِي هَذَا لِثُبُوتِ حُرْمَةِ الوَطْءِ بِذَلِكَ كُلِّهِ، وَبِرَهْنِ إِحْدَاهُمَا وَإِجَارَتِهَا وَتَدْبِيرِهَا لا تَحِلُّ الأُخْرَى؛ أَلَا يَرَى أَنَّهَا لا تَخْرُجُ بِهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَقَوْلُهُ أَوْ نِكَاحٍ أَرَادَ بِهِ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ. أَمَّا إِذَا زَوَّجَ إِحْدَاهُمَا نِكَاحًا فَاسِدًا لا يُبَاحُ لَهُ وَطْءُ الأُخْرَى إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ الزَّوْجُ بِهَا فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ العِدَّةُ عَلَيْهَا، وَالعِدَّةُ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي التَّحْرِيمِ. وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا حَلَّ لَهُ وَطْءُ المَوْطُوءَةِ دُونَ الأُخْرَى؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بِوَطْءِ الأُخْرَى لا بِوَطْءِ المَوْطُوءَةِ. وَكُلُّ امْرَأَتَيْنِ لا يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ بِمَنْزِلَةِ الأُخْتَيْنِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَبِّلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ أَوْ يَدَهُ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ أَوْ يُعَانِقَهُ) وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا بَأْسَ بِالتَّقْبِيلِ

قوله: وَكَذَا الكِتَابَةُ كَالإِعْتَاقِ فِي هَذَا، أي: في أنه يحل وطء الأخرى.

وفي «المبسوط»: هذا الجواب في الكتابة مشكل؛ لأنَّها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى، حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره، فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى ولكن قال: ملك المولى يزول بالكتابة، ولهذا يلزمه العقر بوطئها فكان وطئه إيَّاها وطئًا في غير ملك، حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة، فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحل له أن يطأ الأخرى.

قوله: وَكُلُّ امْرَأَتَيْنِ لا يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ - كما إذا كانت إحداهما عمة الأخرى، أو خالتها - بِمَنْزِلَةِ الأُخْتَيْنِ.

قوله: وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ، أي: في «شرح الآثار».

وَالْمُعَانَقَةِ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَانَقَ جَعْفَرًا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حِينَ قَدِمَ مِنَ الحَبَشَةِ وَقَبَّلَ بَيْنَ عَيْنَيْهِ» وَلَهُمَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ الْمُكَامَعَةِ وَهِيَ الْمُعَانَقَةُ، وَعَنِ الْمُكَاعَمَةِ وَهِيَ التَّقْبِيلُ». وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا قَبْلَ التَّحْرِيمِ. قَالُوا: الخِلَافُ فِي الْمُعَانَقَةِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ قَمِيصٌ أَوْ جُبَّةٌ فَلَا بَأْسَ بِهَا بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

قوله: نَهَى عَنِ الْمُكَامَعَةِ وَهِيَ الْمُعَانَقَةُ، وعن عطاء رحمه الله: سُئل ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة فقال: «أوّل من عانق إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام، كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين فلمّا كان بالأبطح قيل له: في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن، فقال ذوالقرنين: ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها خليل الرحمن، فنزل ذو القرنين ومشى إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم واعتنقه»، فكان هو أول من عانق.

والشيخ الإمام أبو منصور رحمه الله وفق بين الأحاديث فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، فأمّا على وجه البر والكرامة فجائز، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وبعض المتأخرين رخصوا تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك، فإن أبا بكر رضي الله عنه حين دخل على النبي صلى الله عليه وسلم بعدما قبض قبل ما بين عينيه.

وعن سفيان: تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وهو المختار، فأمّا ما يفعلون من تقبيل الأرض بين العلماء حرام لا إشكال فيه، والفاعل والراضي به آثم؛ لأنه يشبه عبادة الوثن.

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أنه لا يكفر بهذا السجود لو سجد؛ لأنه يريد به التحية دون العبادة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في باب ما يخطر على بال المكره غير ما أكره عليه مسألة وقال: المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالمُصَافَحَةِ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُتَوَارَثُ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ صَافَحَ أَخَاهُ المُسْلِمَ وَحَرَّكَ يَدَهُ تَنَاثَرَتْ ذُنُوبُهُ».

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله: أن القبلة على خمسة أوجه:

قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده، وقبلة النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما.

وقبلة التحية كقبلة المؤمنين يقبل بعضهم بعضًا.

وقبلة الشفقة كقبلة الولد والدته.

وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه أو أخته على الجبهة.

وقبلة الشهوة كقبلة الرجل للزوجة والأمة، وزاد بعضهم: قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الأسود.

وأمَّا القيام تعظيمًا للغير فقد جاء في الحديث: «عن أبي أمامة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج متوكئًا على عصًا، فقمنا له فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لا تقوموا كما تقوم الأعاجم يعظم بعضهم بعضا»، وعن أنس رضي الله عنه: «رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام».

وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله: أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه، ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم، فقيل له في ذلك فقال: لأن الأغنياء يتوقعون مني ذلك التعظيم فلو تركتُ تعظيمهم تضرروا، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك، وإنما يطعمون جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه، فلا يتضررون بترك القيام، كذا في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله، والله تعالى أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي البَيْعِ

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِ السِّرْقِينِ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ العَذِرَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ بَيْعُ السِّرْقِينِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ فَشَابَهُ العَذِرَةَ وَجِلْدَ المَيْتَةِ قَبْلَ الدِّبَاغِ. وَلَنَا أَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يُلْقَى فِي الأَرَاضِي لِاسْتِكْثَارِ الرِّيعِ فَكَانَ مَالًا، وَالمَالُ مَحَلٌّ لِلْبَيْعِ. بِخِلَافِ العَذِرَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا مَخْلُوطًا. وَيَجُوزُ بَيْعُ المَخْلُوطِ هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَكَذَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِالمَخْلُوطِ لا بِغَيْرِ المَخْلُوطِ فِي الصَّحِيحِ، وَالمَخْلُوطُ بِمَنْزِلَةِ زَيْتٍ خَالَطَتْهُ النَّجَاسَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ عَلِمَ بِجَارِيَةٍ أَنَّهَا لِرَجُلٍ فَرَأَى آخَرَ يَبِيعُهَا وَقَالَ وَكَّلَنِي صَاحِبُهَا بِبَيْعِهَا فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَبْتَاعَهَا وَيَطَأَهَا)؛ لِأَنَّهُ أُخْبِرَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ لا مُنَازِعَ لَهُ، وَقَوْلُ الوَاحِدِ فِي المُعَامَلَاتِ مَقْبُولٌ عَلَى أَيِّ وَصْفٍ كَانَ،

فصلٌ في البيع

أخَّر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللبس والوطء؛ لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان وهذا لا، وما كان أكثر اتصالًا كان أحق بالتقديم.

العَذِرَة: رجيع الآدمي.

قوله: عَلَى أَيِّ وَصْفٍ كَانَ، أي: بعد أن كان عاقلًا مميزًا سواء كان حرًّا أو عبدًا، مسلمًا أو كافرًا، رجلًا أو امرأةً.

لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ. وَكَذَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ أَوْ وَهَبَهَا لِي أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيَّ لِمَا قُلْنَا. وَهَذَا إِذَا كَانَ ثِقَةً. وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ، وَأَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ؛ لِأَنَّ عَدَالَةَ الْمُخْبِرِ فِي الْمُعَامَلَاتِ غَيْرُ لَازِمَةٍ لِلْحَاجَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ لَمْ يَسَعْ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ أَكْبَرَ الرَّأْيِ يُقَامُ مَقَامَ الْيَقِينِ، وَكَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، وَلَكِنْ أَخْبَرَهُ صَاحِبُ الْيَدِ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، وَأَنَّهُ وَكَّلَهُ بِبَيْعِهَا أَوِ

قوله: لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي: في فصل الأكل والشرب في مسألة: وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا؛ وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعًا للحرج، ولهذا يعتمد على قول الدلال، ويشتري منه عادةً من غير رجوع إلى صاحب المال.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ لَمْ يَسَعْ لَهُ أَنْ يَعَرَّضَ؛ - أي: يتعرض - لِأَنَّ أَكْبَرَ الرَّأْيِ يُقَامُ مَقَامَ الْيَقِينِ، وقال محمد رحمه الله في «الأصل»: وأكثر الرأي مجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء، فإن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنَّها امرأته وسعه أن يعتمد بخبره إذا كان ثقة عنده، أو كان في أكبر رأيه أنه صادق فيعيشها.

وكذلك لو دخل رجل على غيره ليلًا وهو شاهر سيفه أو ماد رمحه يشتد نحوه، فإن صاحب المنزل يحكم رأيه، فإن كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وخاف أنه إن صاح به يبادره بالضرب فلا بأس بأن يشتد عليه بالسيف ويتغدي عليه قبل أن يتغشى هو به، وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من اللصوص لا ينبغي أن يعجل بقتله.

وإن قتله وفي رأيه أنه لص ثم تبيَّن أنه رجل صالح، القياس أن يقتص، وفي الاستحسان عليه الدية، وهي مسألة كتاب الإكراه، فعُلِم بهذا أن فيما هو أهم الأمور وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها بأكبر الرأي عند الحاجة، مع أن الغلط إذا وقع لا يمكن تداركه، ففيما دون ذلك أوْلَى، ولمَّا كان كذلك إذا كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يتعرض لشيءٍ من ذلك؛ لأن أكبر الرأي فيما لا يوقف عليه كاليقين.

اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَالمُخْبِرُ ثِقَةٌ قُبِلَ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ رَأْيِهِ؛ لِأَنَّ إِخْبَارَهُ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْهُ صَاحِبُ اليَدِ بِشَيْءٍ. فَإِنْ كَانَ عَرَفَهَا لِلْأَوَّلِ لَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّى يَعْلَمَ انْتِقَالَهَا إِلَى مِلْكِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ يَدَ الأَوَّلِ دَلِيلُ مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَ لا يَعْرِفُ ذَلِكَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا وَإِنْ كَانَ ذُو اليَدِ فَاسِقًا؛ لِأَنَّ يَدَ الفَاسِقِ دَلِيلُ المِلْكِ فِي حَقِّ الفَاسِقِ وَالعَدْلِ وَلَمْ يُعَارِضْهُ مُعَارِضٌ، وَلا مُعْتَبَرَ بِأَكْبَرِ الرَّأْيِ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلِيلِ الظَّاهِرِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ لا يَمْلِكُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَحِينَئِذٍ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَنَزَّهَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوِ اشْتَرَاهَا يُرْجَى أَنْ يَكُونَ فِي سَعَةٍ مِنْ ذَلِكَ لِاعْتِمَادِهِ الدَّلِيلَ الشَّرْعِيَّ. وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَتَاهُ بِهَا عَبْدًا أَوْ أَمَةً لَمْ يَقْبَلْهَا وَلَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّى يَسْأَلَ؛ لِأَنَّ

والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لوابصة بن معبد رضي الله عنه: «ضع يدك على صدرك واستفت قلبك، فما حاك في صدرك فدعه وإن أفتاك الناس به»، وقال صلى الله عليه وسلم: «الإثم حَزَّازُ القلوب»، أي: على المرء أن يترك ما حزَّ في قلبه تحرزًا عن الإثم.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ لا يَمْلِكُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَحِينَئِذٍ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَنَزَّهَ، ولا يتعرض لشراء، وذلك كدرَّة يراها في يد فقير، أو يرى كتابًا في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل له، فالذي يسبق إلى قلب كل أنه سارق لذلك العين، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَتَاهُ بِهَا، أي: بالجارية؛ لأن هذا كله مبني على قوله: وَمَنْ عَلِمَ بِجَارِيَةٍ أَنَّهَا لِرَجُلٍ فَرَأَى آخَرَ يَبِيعُهَا، أي: إن أتى العبد أو الأمة بالجارية فقال العبد أو الأمة لغيره: إنِّي وهبتُها منك أو بعتُها منك، فليس للآخر أن يقلبها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأله عن ذلك؛ لأن المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه، فما لم يعلم دليلًا مطلقًا للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء منه؛ لأنه عالم أنه لغيره، ويد المملوك ليس بمطلق

المَمْلُوكَ لا مِلْكَ لَهُ فَيَعْلَمُ أَنَّ المِلْكَ فِيهَا لِغَيْرِهِ، فَإِنْ أَخْبَرَهُ أَنَّ مَوْلاهُ أَذِنَ لَهُ وَهُوَ ثِقَةٌ قُبِلَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ الرَّأْيِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ لَمْ يَشْتَرِهَا لِقِيَامِ الحَاجِرِ فَلا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ.

قَالَ: (وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَخْبَرَهَا ثِقَةٌ أَنَّ زَوْجَهَا الغَائِبَ مَاتَ عَنْهَا، أَوْ طَلَّقَهَا ثَلاثًا أَوْ كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ وَأَتَاهَا بِكِتَابٍ مِنْ زَوْجِهَا بِالطَّلَاقِ، وَلا تَدْرِي أَنَّهُ كِتَابُهُ أَمْ لا. إِلَّا أَنَّ أَكْبَرَ

للتصرف قبل الإذن من المولى؛ لأن المملوك لا ملك له فعُلِم أن الملك فيه لغيره.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ لَمْ يَشْتَرِهَا لِقِيَامِ الحَاجِرِ، بالراء المهملة، أي: المانع، يعني أن الحاجز عن التصرف ظاهر، فما لم يترجح جانب الصدق بنوع دليل لا يعمل به، وكذا الغلام الذي لم يبلغ حرًّا كان أو مملوكًا فيما يخبر أنه أذن له في بيعه، أو أن فلانًا بعث معه إليه هدية أو صدقة، فإن كان أكبر رأيه بأنه صادق وسعه أن يصدقه للعادة الظاهرة في بعث الهدايا على أيدي المماليك والصبيان، وفي النزوع عن العادة الظاهرة حرج بين، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يقبل منه شيئًا؛ لأن أكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين.

وكان شيخنا الإمام - يعني شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله - يقول: الصبي إذا أتى بقالًا بفلوس يشتري منه وأخبره أن أمه أمرته بذلك، فإن كان طلب الصابون ونحوه فلا بأس ببيعه منه، وإن طلب الزبيب وما يأكله الصبيان عادةً ينبغي أن لا يبيعه منه؛ لأن الظاهر أنه كاذب فيما يقوله، وقد عثر على فلوس أمه فيريد أن يشتري بِها حاجة نفسه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَخْبَرَهَا ثِقَةٌ، إلى قوله: فَلا بَأْسَ بِأَنْ تَعْتَدَّ ثُمَّ تَتَزَوَّجَ، وهذا في الأخبار، وأمَّا في الشهادة فلا يصح وإن كان الشاهد اثنين، حيث لا يقضي القاضي بالفرقة؛ لأنه قضاء على الغائب.

وذكر في الفصل الرابع من «فصول الإمام الأستروشني» رحمه الله: إذا شهد شاهدان على الطلاق والزوج غائب لا يقبل، لعدم الشهادة على الخصم، ولو كان الزوج حاضرًا

رَأْيِهَا أَنَّهُ حَقٌّ) يَعْنِي بَعْدَ التَّحَرِّي (فَلا بَأْسَ بِأَنْ تَعْتَدَّ ثُمَّ تَتَزَوَّجَ)؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ وَلا مُنَازِعَ، وَكَذَا لَوْ قَالَتْ لِرَجُلٍ طَلَّقَنِي زَوْجِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي فَلا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا. وَكَذَا إِذَا قَالَتِ المُطَلَّقَةُ الثَّلاثَ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ بِزَوْجٍ آخَرَ، وَدَخَلَ بِي ثُمَّ طَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي فَلا بَأْسَ بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا الزَّوْجُ الأَوَّلُ، وَكَذَا لَوْ قَالَتْ جَارِيَةٌ كُنْتُ أَمَةَ فُلانٍ فَأَعْتَقَنِي؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ. وَلَوْ أَخْبَرَهَا مُخْبِرٌ أَنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ كَانَ فَاسِدًا أَوْ كَانَ الزَّوْجُ حِينَ تَزَوَّجَهَا مُرْتَدًّا أَوْ أَخَاهَا مِنَ الرَّضَاعَةِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ حَتَّى يَشْهَدَ بِذَلِكَ رَجُلانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ.

وَكَذَا إِذَا أَخْبَرَهُ مُخْبِرٌ أَنَّكَ تَزَوَّجْتَهَا وَهِيَ مُرْتَدَّةٌ أَوْ أُخْتُكَ مِنَ الرَّضَاعَةِ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِأُخْتِهَا أَوْ أَرْبَعٍ سِوَاهَا حَتَّى يَشْهَدَ بِذَلِكَ عَدْلانِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِفَسَادٍ مُقَارِنٍ، وَالإِقْدَامُ

يقبل وإن لم توجد دعوى المرأة بطريق الحسبة، وهذا في الشهادة عند القاضي، أمَّا إذا قالوا لامرأة الغائب أن زوجك طلقك، أو أخبرها بذلك واحد عدل، فإذا انقضت عدتها حل لها أن تتزوج بزوج آخر.

وذكر في «التتمة»: إذا شهد اثنان أن فلان بن فلان طلق امرأته والزوج غائب لا يقبل، وإن شهدا عند المرأة حل لها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وكذا إذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها أنه صادق.

قوله: لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ وَلا مُنَازِعَ، هذان القيدان مفيدان إذ لو كان المفسد مقارنًا لا يقبل خبر مخبر حتى يشهد بذلك عدلان، على ما يجيء في تعليل مسألة: وَلَوْ أَخْبَرَهَا مُخْبِرٌ أَنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ كَانَ فَاسِدًا، إلى أن قال: لِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِفَسَادٍ مُقَارِنٍ، وكذلك أيضًا في تلك المسألة لمَّا أقدم على العقد كان دليلًا على إنكار ما أخبره المخبر بفساد أصل العقد، فيكون منازعًا للمخبر في خبره فلا يقبل حتى يشهد شاهدان.

عَلَى العَقْدِ يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ وَإِنْكَارِ فَسَادِهِ فَثَبَتَ المُنَازَعُ بِالظَّاهِرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ المَنْكُوحَةُ صَغِيرَةً فَأَخْبَرَ الزَّوْجُ أَنَّهَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّهِ أَوْ أُخْتِهِ حَيْثُ يُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهِ؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ، وَالإِقْدَامُ الأَوَّلُ لا يَدُلُّ عَلَى انْعِدَامِهِ فَلَمْ يَثْبُتِ المُنَازِعُ فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا الحَرْفِ يَدُورُ الفَرْقُ. وَلَوْ كَانَتْ جَارِيَةً صَغِيرَةً لا تُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهَا فِي يَدِ رَجُلٍ يَدَّعِي أَنَّهَا لَهُ فَلَمَّا كَبُرَتْ لَقِيَهَا رَجُلٌ فِي بَلَدٍ آخَرَ فَقَالَتْ أَنَا

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ المَنْكُوحَةُ صَغِيرَةً فَأَخْبَرَ الزَّوْجُ أَنَّهَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّهِ أَوْ أُخْتِهِ - أي: بعد النكاح - حَيْثُ يُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهِ؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ، فلم تثبت المنازعة في الإقدام الأول فيقبل خبر الواحد.

فإن قلتَ: لو قبل خبر الواحد من هذا الوجه في إفساد النكاح بعد الصحة، ووجه آخر فيه يقتضي أن لا يقبل خبر الواحد وهو أن الملك الثابت للغير فيهما لا يبطل بخبر الواحد، كما لو اشترى لحمًا ثم أخبر مخبر أنه ذبيحة مجوسي حيث لا يبطل بهذا الخبر ملك المشتري، فلا يرجع بالثمن على البائع؛ لأن ملك الغير لا يبطل بخبر الواحد.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن قيام الملك للغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال، وإنما عرف ثبوته وبقاؤه باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال، وأمَّا الإخبار بأنه ذبيحة مجوسي ليس بخبر بالمفسد الطارئ بل هو خبر بفساد البيع من الأصل، والإقدام على الشراء منازعة منه بصحة البيع فلا يقبل خبر المخبر فيه بدون شهادة شاهدين، وكذلك فيما تقدم صحة النكاح تثبت في الابتداء بدليل موجب له وهو العقد الذي عاينه فلا يبطل ذلك بخبر الواحد.

ومن القاطع الطارئ أيضًا ما لو قالت المرأة: إنه طلقني بعد النكاح، أو ارتدَّ عن الإسلام والعياذ بالله، وسعه أن يعتمد خبرها ويتزوجها؛ لأنَّها أخبرت بحلها له بسبب محتمل، وأمَّا إذا أقرَّت بعد النكاح أنه كان مرتدًّا حين تزوجني، أو إنِّي كنت أخته من الرضاعة

حُرَّةُ الأَصْلِ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِتَحَقُّقِ المُنَازِعِ وَهُوَ ذُو اليَدِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ المُسْلِمُ خَمْرًا وَأَخَذَ ثَمَنَهَا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ البَائِعُ نَصْرَانِيًّا فَلَا بَأْسَ بِهِ) وَالفَرْقُ أَنَّ البَيْعَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ قَدْ بَطَلَ؛ لِأَنَّ الخَمْرَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوَّمٍ فِي حَقِّ المُسْلِمِ فَبَقِيَ الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِ المُشْتَرِي فَلَا يَحِلُّ أَخْذُهُ مِنَ البَائِعِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي صَحَّ البَيْعُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ فَمَلَكَهُ البَائِعُ فَيَحِلُّ الأَخْذُ مِنْهُ.

لا يعتمد خبرها؛ لأنه خلاف المعلوم.

وإذا أخبرت بالحرمة بسبب عارض بعد النكاح من رضاع أو غير ذلك وثبتت على ذلك، فإن كانت ثقة مأمونة أو غير ثقة إلا أن أكبر رأيه أنَّها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها؛ لما ذكرنا من أن الملك الثابت للغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال إلى آخر ما ذكرنا، إلى هذا أشار في استحسان «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أراد به قوله: لَوْ قَالَتْ جَارِيَةٌ كُنْتُ أَمَةَ فُلَانٍ فَأَعْتَقَنِي، أو: قَالَتِ امْرَأَةٌ لِرَجُلٍ طَلَّقَنِي زَوْجِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ.

قوله: فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ، وعن محمد رحمه الله قال: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فإن كان بقضاء القاضي بأن كان القاضي قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه، ثم إنما حرم عند الاقتصاء بالتراضي لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الذي حرم شربها حرم أكل ثمنها»، وقال صلى الله عليه وسلم: «لعن الله في الخمر عشرًا»، وذكر من العشرة آكل ثمنها؛ وهذا لأن العقد على الخمر غير منعقد في حق المسلمين، والثمن المقبوض مستحق الرد على البائع شرعًا فكان كالمغصوب في يده، ومن قضى دينه بالدراهم المغصوبة لا يحل للقابض أن يقبضه إذا علم به.

ثم كما أن ثمن الخمر حرام أكله فكذلك كسب المغنية، حتى قال بعض مشايخنا:

قَالَ: (وَيُكْرَهُ الِاحْتِكَارُ فِي أَقْوَاتِ الْآدَمِيِّينَ وَالْبَهَائِمِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي بَلَدٍ يَضُرُّ الِاحْتِكَارُ بِأَهْلِهِ وَكَذَلِكَ التَّلَقِّي. فَأَمَّا إِذَا كَانَ لا يَضُرُّ فَلا بَأْسَ بِهِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ» وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْعَامَّةِ، وَفِي الِامْتِنَاعِ عَنِ الْبَيْعِ إِبْطَالُ حَقِّهِمْ وَتَضْيِيقُ الْأَمْرِ عَلَيْهِمْ فَيُكْرَهُ إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ ذَلِكَ بِأَنْ كَانَتِ الْبَلْدَةُ صَغِيرَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِأَنْ كَانَ الْمِصْرُ كَبِيرًا؛ لِأَنَّهُ حَابِسٌ مِلْكَهُ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِغَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ التَّلَقِّي عَلَى هَذَا

كسب المغنية كالمغصوب لا يحل أخذه، وعلى هذا قالوا: لو ماتَ رجل وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة إن تورع الورثة عن ذلك فهو أوْلَى، ويردون على أربابها إن عرفوهم، وإن لم يعرفوهم تصدقوا بها؛ لأن سبيل الكسب الخبيث التصدقُ إذا تعذر الرد، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَيُكْرَهُ الِاحْتِكَارُ، إلى آخره، واعلم أن الكلام في الاحتكار في ستة مواضع:

الأول: في تفسيره لغةً، وهو افتعال من حكر، أي: حبَس، يقال: حكر الشيء، أي: حبسه فاحتكار الطعام حبسُه متربصًا للغلاء.

والثاني: في بيان محل الاحتكار الحرام، وهو الحنطة، والشعير، والتبن، وما هو من أقوات الآدميين والدواب.

والثالث: في كيفية الاحتكار، فما يشتريه الرجل من فسطاط المسلمين، أي: مدينتهم، ويحبسه عنهم فهو حرام؛ لأن ما أحضر عند فسطاط يتعلق به حق العامة، فإذا أراد واحد أن يختص به فقد قصدَ إبطال حق العامة فيمنع منه، فأمَّا ما جلبه من أرضه وحبسه لا بأس به.

والرابع: بيان المدة، وقد قالوا إذا تحقق الاحتكار يأثم قلَّت مدة الامتناع من البيع أو كثرت؛ لأن الإثم للإضرار وقد وجد، ولا يعزر ما لم تطل المدة؛ لأن التعزير عند إظهار الجناية وذلك بعد المدة الكثيرة، واختلفوا في تلك المدة على ما هو المذكور.

التَّفْصِيلِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَهى عَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ وَعَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ». قَالُوا هَذَا إِذَا لَمْ يُلَبِّسِ المُتَلَقِّي عَلَى التُّجَّارِ سِعْرَ البَلْدَةِ.

فَإِنْ لَبَّسَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَادِرٌ بِهِمْ. وَتَخْصِيصُ الِاحْتِكَارِ بِالأَقْوَاتِ كَالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتِّبْنِ وَالقَتِّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - كُلُّ مَا أَضَرَّ بِالعَامَّةِ حَبْسُهُ فَهُوَ احْتِكَارٌ وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً أَوْ ثَوْبًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ قَالَ: لا احْتِكَارَ فِي الثِّيَابِ؛ فَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ حَقِيقَةَ الضَّرَرِ إِذْ هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الكَرَاهَةِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتَبَرَ الضَّرَرَ المَعْهُودَ المُتَعَارَفَ. ثُمَّ المُدَّةُ إِذَا قَصُرَتْ لا يَكُونُ احْتِكَارًا لِعَدَمِ الضَّرَرِ، وَإِذَا طَالَتْ يَكُونُ احْتِكَارًا مَكْرُوهًا لِتَحَقُّقِ الضَّرَرِ. ثُمَّ قِيلَ: هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِأَرْبَعِينَ يَوْمًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ احْتَكَرَ طَعَامًا أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِئَ مِنَ اللهِ وَبَرِئَ اللهُ مِنْهُ» وَقِيلَ بِالشَّهْرِ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ قَلِيلٌ عَاجِلٌ، وَالشَّهْرُ وَمَا فَوْقَهُ كَثِيرٌ آجِلٌ، وَقَدْ مَرَّ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَيَقَعُ التَّفَاوُتُ فِي المَأْثَمِ بَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ العِزَّةَ وَبَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ القَحْطَ وَالعِيَاذُ بِاللهِ، وَقِيلَ المُدَّةُ لِلْمُعَاقَبَةِ فِي الدُّنْيَا إِمَّا يَأْثَمُ وَإِنْ قَلَّتِ

والخامس: أنه يؤمر بالبيع، ولا يجوز التسعير على ما يجيء.

والسادس: في بيان العقوبة المتعلقة به، فقد قال مشايخنا: إن القاضي إذا رفع إليه هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله، وينهاه عن الاحتكار إلى آخره، كذا ذكره الإمام فخر الإسلام والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: فَإِنْ لَبَّسَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: الإضرار وعدم الإضرار.

قوله: وَبَرِئَ اللهُ مِنْهُ، أي: خذله الله.

المُدَّةُ. وَالحَاصِلُ أَنَّ التِّجَارَةَ فِي الطَّعَامِ غَيْرُ مَحْمُودَةٍ.

قَالَ: (وَمَنْ احْتَكَرَ غَلَّةَ ضَيْعَتِهِ أَوْ مَا جَلَبَهُ مِنْ بَلَدٍ آخَرَ فَلَيْسَ بِمُحْتَكِرٍ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَزْرَعَ فَكَذَلِكَ لَهُ أَنْ لَا يَبِيعَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَالمَذْكُورُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ حَقَّ العَامَّةِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَا جُمِعَ فِي المِصْرِ وَجُلِبَ إِلَى فِنَائِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكْرَهُ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُجْلَبُ مِنْهُ إِلَى المِصْرِ فِي الغَالِبِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ فِنَاءِ المِصْرِ يَحْرُمُ الِاحْتِكَارُ فِيهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَامَّةِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ البَلَدُ بَعِيدًا لَمْ تَجْرِ العَادَةُ بِالحَمْلِ مِنْهُ إِلَى المِصْرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ.

قَالَ: (وَلَا يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُسَعِّرُوا فَإِنَّ اللهَ هُوَ المُسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّازِقُ»؛ وَلِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّ العَاقِدِ فَإِلَيْهِ تَقْدِيرُهُ، فَلَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِحَقِّهِ إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ دَفْعُ ضَرَرِ العَامَّةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ. وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي هَذَا الأَمْرُ يَأْمُرُ المُحْتَكِرَ بِبَيْعِ مَا فَضَلَ عَنْ قُوتِهِ

قوله: وَلَا يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ، ولكن السلف الصالحين كانوا يريدون السعة على المسلمين، حتى حُكي عن أبي حفص الكبير رحمه الله أن سعر الطعام قد علا ببخارى في عهده، فكان أبو حفص رحمه الله يدفع الدراهم إلى أمنائه ليقوموا على الطريق خارج البلدة ثم الرستاقي إذا جاء بالطعام يقولون له: بكم تريد أن تبيع طعامك؟ فكان يقول: بسعر الجُولَق، فيقولون له سعر الجولق خمسون درهمًا لكل وقر من الحنطة، فخذ هاهُنا عشرة دراهم وبع طعامك في الجولق بأربعين درهمًا، ففعلوا ذلك حتى وقع الخبر في المصر أن الطعام قد رخص، وصار ثمن وقر الحنطة أربعين درهمًا، فنقلوا طعامًا كثيرًا واجتمع الطعام الكثير بالجولق فرخص الطعام بحسن نيته، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وَقُوتِ أَهْلِهِ عَلَى اعْتِبَارِ السَّعَةِ فِي ذَلِكَ وَيَنْهَاهُ عَنِ الاحْتِكَارِ، فَإِنْ رُفِعَ إِلَيْهِ مَرَّةً أُخْرَى حَبَسَهُ وَعَزَّرَهُ عَلَى مَا يَرَى زَجْرًا لَهُ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ النَّاسِ، فَإِنْ كَانَ أَرْبَابُ الطَّعَامِ يَتَحَكَّمُونَ وَيَتَعَدَّوْنَ عَنِ القِيمَةِ تَعَدِّيًا فَاحِشًا، وَعَجَزَ القَاضِي عَنْ صِيَانَةِ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ إِلَّا بِالتَّسْعِيرِ فَحِينَئِذٍ لا بَأْسَ بِهِ بِمَشُورَةٍ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ وَالبَصِيرَةِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَتَعَدَّى رَجُلٌ عَنْ ذَلِكَ وَبَاعَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ أَجَازَهُ القَاضِي، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ لا يَرَى الحَجْرَ عَلَى الحُرِّ وَكَذَا عِنْدَهُمَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الحَجْرُ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ. وَمَنْ بَاعَ مِنْهُمْ بِمَا قَدَّرَهُ الإِمَامُ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكْرَهٍ عَلَى البَيْعِ، هَلْ يَبِيعُ القَاضِي عَلَى المُحْتَكِرِ طَعَامَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ. قِيلَ هُوَ عَلَى الاخْتِلَافِ الَّذِي عُرِفَ فِي بَيْعِ مَالِ المَدْيُونِ، وَقِيلَ يَبِيعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَرَى الحَجْرَ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ، وَهَذَا كَذَلِكَ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ فِي أَيَّامِ الفِتْنَةِ) مَعْنَاهُ مِمَّنْ يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ؛ لِأَنَّهُ تَسْبِيبٌ إِلَى المَعْصِيَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي السِّيَرِ، وَإِنْ كَانَ لا يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ لا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لا يَسْتَعْمِلَهُ فِي الفِتْنَةِ فَلَا يُكْرَهُ بِالشَّكِّ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِ العَصِيرِ مِمَّنْ يُعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا)؛ لِأَنَّ المَعْصِيَةَ لا تُقَامُ بِعَيْنِهِ بَلْ بَعْدَ تَغْيِيرِهِ، بِخِلَافِ بَيْعِ السِّلَاحِ فِي أَيَّامِ الفِتْنَةِ؛ لِأَنَّ المَعْصِيَةَ تَقُومُ بِعَيْنِهِ.

قوله: وَيَتَعَدَّوْنَ عَنِ القِيمَةِ تَعَدِّيًا فَاحِشًا، بأن يبيعوا قفيزًا بمائة وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفعًا للضرر عن المسلمين، فأمّا المتقارب فليس به بأس.

قوله: وَكَذَا عِنْدَهُمَا؛ لأنه حجر على قوم مجهولين فلا يصح، كذا ذكره فخر الإسلام.

قَالَ: (وَمَنْ أَجَّرَ بَيْتًا لِيُتَّخَذَ فِيهِ بَيْتُ نَارٍ أَوْ كَنِيسَةٌ أَوْ بِيعَةٌ أَوْ يُبَاعُ فِيهِ الخَمْرُ بِالسَّوَادِ فَلا بَأْسَ بِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: لا يَنْبَغِي أَنْ يُكْرِيَهُ لِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعْصِيَةِ. وَلَهُ أَنَّ الإِجَارَةَ تَرِدُ عَلَى مَنْفَعَةِ البَيْتِ، وَلِهَذَا تَجِبُ الأُجْرَةُ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ، وَلا مَعْصِيَةَ فِيهِ، وَإِنَّمَا المَعْصِيَةُ بِفِعْلِ المُسْتَأْجِرِ، وَهُوَ مُخْتَارٌ فِيهِ فَقَطَعَ نِسْبَتَهُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَهُ بِالسَّوَادِ؛ لِأَنَّهُمْ لا يُمَكَّنُونَ مِنِ اتِّخَاذِ البِيَعِ وَالكَنَائِسِ وَإِظْهَارِ بَيْعِ الخُمُورِ وَالخَنَازِيرِ فِي الأَمْصَارِ لِظُهُورِ شَعَائِرِ الإِسْلَامِ فِيهَا. بِخِلَافِ السَّوَادِ. قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي سَوَادِ الكُوفَةِ؛ لِأَنَّ غَالِبَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ. فَأَمَّا فِي سَوَادِنَا فَأَعْلَامُ الإِسْلَامِ فِيهَا ظَاهِرَةٌ فَلَا يُمَكَّنُونَ فِيهَا أَيْضًا، وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمْرًا فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُ الأَجْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعْصِيَةِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَعَنَ فِي الخَمْرِ عَشْرًا حَامِلَهَا وَالمَحْمُولَ إِلَيْهِ» لَهُ أَنَّ المَعْصِيَةَ فِي شُرْبِهَا وَهُوَ فِعْلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ، وَلَيْسَ الشُّرْبُ مِنْ ضَرُورَاتِ الحَمْلِ،

قوله: وَمَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمْرًا فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُ الأَجْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وقالا يكره، وعلى هذا الاختلاف إذا استأجر من مسلم دابة أو سفينة لينقل عليها خمرًا، أو استأجره ليرعى له خنازير، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله يجب أن يكون على الاختلاف أيضًا.

قوله: وَلَيْسَ الشُّرْبُ مِنْ ضَرُورَاتِ الحَمْلِ؛ لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل، ولا الحمل من ضرورات الشرب؛ لأن الحمل قد يوجد للإراقة، أو للصب في الخل ليتخلل، فلم تكن المعصية من لوازم الحمل، بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم يوجب كراهة الحمل، فصار كما لو استأجره لعصر العنب، أو لقطفه، وهذا قياس، وقولهما استحسان.

وَلا يُقْصَدُ بِهِ، وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الحَمْلِ المَقْرُونِ بِقَصْدِ المَعْصِيَةِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِ بِنَاءِ بُيُوتِ مَكَّةَ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ أَرْضِهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالا: لا بَأْسَ بِبَيْعِ أَرْضِهَا أَيْضًا. وَهَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ لِظُهُورِ الاِخْتِصَاصِ الشَّرْعِيِّ بِهَا فَصَارَ كَالبِنَاءِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَلا إِنَّ مَكَّةَ حَرَامٌ لا تُبَاعُ رِبَاعُهَا وَلا تُورَثُ» وَلِأَنَّهَا حُرَّةٌ مُحْتَرَمَةٌ لِأَنَّهَا فِنَاءُ الكَعْبَةِ. وَقَدْ ظَهَرَ آيَةُ أَثَرِ التَّعْظِيمِ فِيهَا حَتَّى لا يُنَفَّرَ صَيْدُهَا وَلا يُخْتَلَى خَلاهَا وَلا يُعْضَدُ شَوْكُهَا، فَكَذَا فِي حَقِّ البَيْعِ، بِخِلافِ البِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ مِلْكِ البَانِي. وَيُكْرَهُ إِجَارَتُهَا أَيْضًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «مَنْ آجَرَ أَرْضَ مَكَّةَ فَكَأَنَّمَا أَكَلَ الرِّبَا»؛ وَلِأَنَّ أَرَاضِيَ

وقال محمد رحمه الله في «الأصل»: لو آجر المسلم دارًا من ذمي ليسكنها، فإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب لم يلحق المسلم إثم في شيء من ذلك؛ لأن المعصية في قصد المستأجر دون قصد رب الدار فلا إثم عليه.

وذكر الإمام السرخسي رحمه الله في باب الإجارة الفاسدة: وهو كمن باع جارية ممن لا يستبرئها، أو يأتيها في غير المأتى لم يلحق البائع إثم بشيء من فعل المشتري، وكذا قال فيمن باع غلامًا من فاسق يقصد الفاحشة به.

ولو كان مستأجر الدار مسلمًا فظهر منه فسق في الدار، أو كان يجمع الناس على الشرب فيها، منعه رب الدار على سبيل النهي عن المنكر، فإنه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء، وليس لرب الدار أن يخرجه منها مسلمًا كان أو ذميًّا؛ لأن عقد الإجارة لازم لا يفسخ إلا بعذر، والعذر ضرر يزول بفسخ الإجارة، وهذا ليس من ذلك، أرأيتَ لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع بما ظهر منه، لا سبيل له إلى ذلك فكذا الإجارة، كذا ذكره فخر الإسلام، والمحبوبي رحمهما الله.

مَكَّةَ تُسَمَّى السَّوَائِبَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مَنِ احْتَاجَ إِلَيْهَا سَكَنَهَا وَمَنِ اسْتَغْنَى عَنْهَا أُسْكِنَ غَيْرَهُ.

(وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَّالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ مَلَّكَهُ قَرْضًا جَرَّ بِهِ نَفْعًا، وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ حَالًا فَحَالًا. «وَنَهَى رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا»، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَوْدِعَهُ ثُمَّ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ جُزْءًا فَجُزْءًا؛ لِأَنَّهُ وَدِيعَةٌ وَلَيْسَ بِقَرْضٍ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ لا شَيْءَ عَلَى الآخِذِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

قوله: وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَّالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ، ومعنى المسألة أن رجلًا فقيرًا له درهم يخاف أن لو كان في يده يهلك، أو يصرف إلى حاجته، لكن حاجته إلى المعاملة مع البقال أمس من غيرها كما في شراء التوابل والملح والكبريت، وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنحت له من الحاجة كل ساعة، فيعطى الدراهم للبقال لأن يأخذ منه ما يحتاج إليه ممَّا ذكرنا بحسابه جزاءً فجزاءً حتى يستوفي ما يقابل الدراهم، وهذا الفعل منه مكروه؛ لأن حاصل هذا الفعل راجع إلى أن يكون قرضًا فيه جرَّ نفع، وهو مكروه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لمَّا وضع الدرهم عنده لهذا المقصود كان هو مقرضًا إيَّاه درهمًا لوجود تمليك الدرهم، وانعدام ما يقابله في الحال، مع شرط أن يأخذ منه ما شاء حالًّا فحالًّا في الزمان الثاني، وهو عين القرض فكان للمقرض فيه نفع فيكره، ولكن الحيلة فيه لو أراد ذلك أن يستودع البقال درهمًا ثم يأخذ منه ما شاء، فإذا ضاع فهو وديعة ولا شيءَ عليه؛ لأنه إذا أودعه فليس بقرض، ثم لمَّا أخذ المودع من البقال شيئًا فشيئًا يملكه ما أعطاه جزاءً فجزاءً بمقابلة ما يأخذه فيحصل له المقصود من غير كراهة، إلى هذا أشار في «الإيضاح»، والله تعالى أعلم.

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

قَالَ: (وَيُكْرَهُ التَّعْشِيرُ وَالنَّقْطُ فِي الْمُصْحَفِ) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: جَرِّدُوا الْقُرْآنَ. وَيُرْوَى: جَرِّدُوا الْمَصَاحِفَ. وَفِي التَّعْشِيرِ وَالنَّقْطِ تَرْكُ التَّجْرِيدِ. وَلِأَنَّ التَّعْشِيرَ يُخِلُّ بِحِفْظِ الْآيِ وَالنَّقْطُ بِحِفْظِ الْإِعْرَابِ اتِّكَالًا عَلَيْهِ فَيُكْرَهُ. قَالُوا: فِي زَمَانِنَا لَا بُدَّ لِلْعَجَمِ مِنْ دَلَالَةٍ. فَتَرْكُ ذَلِكَ إِخْلَالٌ بِالْحِفْظِ وَهِجْرَانٌ لِلْقُرْآنِ فَيَكُونُ حَسَنًا.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِتَحْلِيَةِ الْمُصْحَفِ) لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْظِيمِهِ. وَصَارَ كَنَقْشِ الْمَسْجِدِ وَتَزْيِينِهِ بِمَاءِ الذَّهَبِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

مسائل متفرقة

تعشير المصاحف: جعل العواشر فيها.

قوله: قَالُوا: فِي زَمَانِنَا لَا بُدَّ لِلْعَجَمِ مِنْ دَلَالَةٍ، فإن مشايخنا لم يروا به بأسًا؛ لأن العجم لا يمكنهم التعلم والتلاوة إلا بالنقط، وعلى هذا كتب أسامي السور وعدد الآي، فهو وإن كان إحداثًا فهو بدعة حسنة، وكم من شيءٍ يختلف باختلاف الزمان والمكان، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، أي: في فصل القراءة من الصلاة، وفي أوائل فصل الأكل والشرب من الكراهية.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَدْخُلَ أَهْلُ الذِّمَّةِ المَسْجِدَ الحَرَامَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ ذَلِكَ: وَقَالَ مَالِكٌ: يُكْرَهُ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ. لِلشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا المُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلا يَقْرَبُوا المَسْجِدَ الحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: ٢٨]؛ وَلِأَنَّ الكَافِرَ لا يَخْلُو عَنْ جَنَابَةٍ؛ لِأَنَّهُ لا يَغْتَسِلُ اغْتِسَالًا يُخْرِجُهُ عَنْهَا، وَالجُنُبُ يَجْنُبُ المَسْجِدَ، وَبِهَذَا يَحْتَجُّ مَالِكٌ، وَالتَّعْلِيلُ بِالنَّجَاسَةِ عَامٌّ فَيَنْتَظِمُ المَسَاجِدَ كُلَّهَا.

وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - أَنْزَلَ وَفْدَ ثَقِيفٍ فِي مَسْجِدِهِ وَهُمْ كُفَّارٌ»؛ وَلِأَنَّ الخُبْثَ فِي اعْتِقَادِهِمْ فَلا يُؤَدِّي إِلَى تَلْوِيثِ المَسْجِدِ. وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الحُضُورِ اسْتِيلاءً وَاسْتِعْلاءً أَوْ طَائِفِينَ عُرَاةً كَمَا كَانَتْ عَادَتُهُمْ فِي الجَاهِلِيَّةِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الخُصْيَانِ)؛ لِأَنَّ الرَّغْبَةَ فِي اسْتِخْدَامِهِمْ حَثُّ النَّاسِ عَلَى هَذَا الصَّنِيعِ وَهُوَ مُثْلَةٌ مُحَرَّمَةٌ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِخِصَاءِ البَهَائِمِ وَإِنْزَاءِ الحَمِيرِ عَلَى الخَيْلِ)؛ لِأَنَّ فِي الأَوَّلِ مَنْفَعَةً لِلْبَهِيمَةِ وَالنَّاسِ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - رَكِبَ البَغْلَةَ» فَلَوْ كَانَ هَذَا الفِعْلُ حَرَامًا لَمَا رَكِبَهَا لِمَا فِيهِ مِنْ فَتْحِ بَابِهِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِعِيَادَةِ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ)؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ بِرٍّ فِي حَقِّهِمْ، وَمَا نُهِينَا عَنْ ذَلِكَ،

قوله: وَهُوَ مُثْلَةٌ مُحَرَّمَةٌ، ولا بأس بثقب إذن الطفل من البنات، ذكره في «الخلاصة».

قوله: وَلا بَأْسَ بِإِخْصَاءِ البَهَائِمِ، والصواب: بِخِصَاءِ البَهَائِمِ، وقد ذكرناه غير مرَّة.

قوله: وَلا بَأْسَ بِعِيَادَةِ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ، قيَّد بهما؛ لأن في عيادة المجوسي اختلافًا على ما نذكر.

وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَادَ يَهُودِيًّا مَرِضَ بِجِوَارِهِ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ: أَسْأَلُكَ بِمَعْقِدِ العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ) وَلِلْمَسْأَلَةِ عِبَارَتَانِ: هَذِهِ، وَمَقْعَدُ العِزِّ، وَلا رَيْبَ فِي كَرَاهَةِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ القُعُودِ، وَكَذَا الأُولَى؛ لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَ عِزِّهِ بِالعَرْشِ وَهُوَ مُحْدَثٌ وَاللهُ تَعَالَى بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ قَدِيمٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا بَأْسَ بِهِ. وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ - رَحِمَهُ اللهُ -؛

قوله: عَادَ يَهُودِيًّا مَرِضَ بِجِوَارِهِ، وقال له: «قل لا إله إلا الله محمد رسول الله، فنظر المريض إلى أبيه اليهودي فقال: له أبوه: أجبه، فأجابه بشهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، ثم ماتَ، فقال عليه الصلاة والسلام: الحمد لله الذي أنقذ بي نسمةً من النار».

ولأنا ندبنا إلى أن نؤلفهم وندعوهم إلى الإسلام بأحسن الطرق، وعيادته من ذلك.

وأمَّا عيادة المجوسي منهم من قال: لا بأس به؛ لما قلنا، وقال بعضهم: لا يجوز ذلك؛ لأن المجوسي أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى، ولهذا لا تحل ذبيحة المجوسي ونكاحهم، واختلفوا في عيادة الفاسق أيضًا، والأصح أنه لا بأس به؛ لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين.

وفي «النوادر»: جار يهودي أو مجوسي فمات ابن له أو قريب، ينبغي أن يعزيه ويقول: أخلف الله عليك خيرًا منه وأصلحك، وكان معناه: أصلحك الله بالإسلام، يعني: رزقك الإسلام ورزقك ولدًا مسلمًا.

قوله: وَلا رَيْبَ فِي كَرَاهَةِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ القُعُودِ، والله تعالى لا يوصف بالقعود، والمعروف هنا العبارة الأولى وهو مكروه أيضًا.

قوله: لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَ عِزِّهِ بِالعَرْشِ، وهذا يوهم أنَّ عزَّه حادث حيث تعلق بالحادث، والعرش حادث فما يتعلق به يكون حادثًا أيضًا، والله تعالى موصوف بالعزِّ لم يزل ولا يزال، متعال عن تعلق عزِّه بشيءٍ.

لِأَنَّهُ مَأْثُورٌ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -. رُوِيَ أَنَّهُ كَانَ مِنْ دُعَائِهِ «اَللّٰهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِمَعْقِدِ العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ؛ وَمُنْتَهَى الرَّحْمَةِ مِنْ كِتَابِكَ، وَبِاسْمِكَ الأَعْظَمِ وَجَدِّكَ الأَعْلَى وَكَلِمَاتِكَ التَّامَّةِ» وَلَكِنَّا نَقُولُ: هَذَا خَبَرٌ وَاحِدٍ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ فِي الِامْتِنَاعِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ بِحَقِّ فُلَانٍ أَوْ بِحَقِّ أَنْبِيَائِكَ وَرُسُلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لا حَقَّ لِلْمَخْلُوقِ عَلَى الخَالِقِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ وَالنَّرْدِ وَالأَرْبَعَةَ عَشَرَ وَكُلِّ لَهْوٍ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ قَامَرَ بِهَا فَالمَيْسِرُ حَرَامٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ اسْمٌ لِكُلِّ قِمَارٍ، وَإِنْ لَمْ يُقَامِرْ فَهُوَ عَبَثٌ وَلَهْوٌ. وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَهْوُ المُؤْمِنِ بَاطِلٌ إِلَّا الثَّلَاثَ: تَأْدِيبُهُ لِفَرَسِهِ، وَمُنَاضَلَتُهُ عَنْ قَوْسِهِ، وَمُلَاعَبَتُهُ مَعَ أَهْلِهِ» وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: يُبَاحُ اللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَشْحِيذِ الخَوَاطِرِ وَتَذْكِيَةِ الأَفْهَامِ، وَهُوَ مَحْكِيٌّ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قوله: لِأَنَّهُ مَأْثُورٌ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، فإنه رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: اثنا عشر ركعةً من صلاها في ليل أو نَهار، وقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورة وتشهد في كل ركعتين وسلَّم ثم سجد بعد التشهد من الركعتين الأخيرتين قبل السلام، ويقرأ فاتحة الكتاب سبع مرَّات وآية الكرسي سبع مرَّات، ويقول: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير، عشر مرَّات، ثم يقول: اللّٰهم إنِّي أسألك بمَعْقد العِزِّ من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك، وباسمك الأعظم وجدِّك الأعلى وكلماتك التامة أن تقضي حاجتي، ثم يسأل الله تعالى حاجته، ثم يرفع رأسه، ثم يسلم يميناً وشمالاً، فإن الله تعالى عزَّوجل يقضي حاجته، ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم: لا تعلموها السفهاء؛ لأنَّها دعوة مستجابة»، والأحوط جواب الكتاب، هذا كله من «الجامع الصغير» لقاضي خان، والتمرتاشي، والمحبوبي رحمهم الله تعالى.

وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ لَعِبَ بِالشِّطْرَنْجِ وَالنَّرْدَشِيرِ فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي دَمِ الخِنْزِيرِ»؛ وَلِأَنَّهُ نَوْعُ لَعِبٍ يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الجُمَعِ وَالجَمَاعَاتِ فَيَكُونُ حَرَامًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -«مَا أَلْهَاكَ عَنْ ذِكْرِ اللهِ فَهُوَ مَيْسِرٌ» ثُمَّ إِنْ قَامَرَ بِهِ تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُقَامِرْ لا تَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ مُتَأَوَّلٌ فِيهِ. وَكَرِهَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ التَّسْلِيمَ عَلَيْهِمْ تَحْذِيرًا لَهُمْ، وَلَمْ يَرَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بِهِ بَأْسًا لِيَشْغَلَهُمْ عَمَّا هُمْ فِيهِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِقَبُولِ هَدِيَّةِ العَبْدِ التَّاجِرِ وَإِجَابَةِ دَعْوَتِهِ وَاسْتِعَارَةِ دَابَّتِهِ. وَتُكْرَهُ كِسْوَتُهُ الثَّوْبَ وَهَدِيَّتُهُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: كُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَبِلَ هَدِيَّةَ سَلْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حِينَ كَانَ عَبْدًا، وَقَبِلَ هَدِيَّةَ بَرِيرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - وَكَانَتْ مُكَاتَبَةً» وَأَجَابَ رَهْطٌ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - دَعْوَةَ مَوْلَى أَبِي أُسَيْدٍ وَكَانَ عَبْدًا؛ وَلِأَنَّ فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ ضَرُورَةً لا يَجِدُ التَّاجِرُ بُدًّا مِنْهَا، وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَلا ضَرُورَةَ فِي الكِسْوَةِ وَإِهْدَاءِ

قوله: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لا أَبَ لَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَبْضُهُ الهِبَةَ ... لَهُ، اعلم أن قوله: لا أَبَ لَهُ، ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم؛ لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها، أنَّها لو قبضت، أو قبض لها أبوها أو زوجها إن ذلك جائز، فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب؛ لأنه لمَّا كان نفعًا محضًا كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه، من وجه الولاية، ومن وجه العول والنفقة، ومن وجه العقل والتمييز، فثبتَ أن عدم الأب ليس بلازم، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله.

الدَّرَاهِمِ فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لا أَبَ لَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَبْضُهُ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ لَهُ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الصِّغَارِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: نَوْعٌ هُوَ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ لا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ هُوَ وَلِيٌّ كَالإِنْكَاحِ وَالشِّرَاءِ وَالبَيْعِ لِأَمْوَالِ القُنْيَةِ؛ لِأَنَّ الوَلِيَّ هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ، وَنَوْعٌ آخَرُ مَا كَانَ مِنْ ضَرُورَةِ حَالِ الصِّغَارِ وَهُوَ شِرَاءُ مَا لا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنْهُ وَبَيْعُهُ وَإِجَارَةُ الأَظْآرِ للصِّغَارِ. وَذَلِكَ جَائِزٌ مِمَّنْ يَعُولُهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ

القُنْيَة: أصل مال للنسل لا للتجارة.

قوله: وَنَوْعٌ آخَرُ مَا كَانَ مِنْ ضَرُورَةِ حَالِ الصِّغَارِ وَهُوَ شِرَاءُ مَا لا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنْهُ وَبَيْعُهُ وَإِجَارَةُ الصِّغَارِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ، إلى أن قال: وَالمُلْتَقِطُ، فإن قلتَ: هذه الرواية مناقضة لرواية تأتي بعدها بخطوط بقوله: وَلا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، حيث لم يجوز هناك إجارة الملتقط اللقيط وأجاز هنا، وهو ظاهر التناقض، فما وجهه؟

قلت: له وجوه:

أحدها: أن كل واحد من هاتين الروايتين محمولة على حالة، فجواز إجارة الملتقط محمول على ما إذا تحققت الضرورة؛ بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة، وعدم جوازها محمول على ما إذا لم يكن فيه ضرورة؛ دفعًا للتناقض.

والثاني: أن في كل واحدة منهما روايتين؛ لأنه ذكر في كل واحد من الملتقط والأم رواية جواز الإجارة؛ لأنه ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله في «الجامع الصغير»: والأم لو آجرته يجوز إذا كان في حجرها، وكذا ذو الرحم المحرم منه، وفي «القدوري»: للملتقط أن يسلمه في صناعة و يؤاجره.

والثالث: أن معنى قوله: وَإِجَارَةُ الصِّغَارِ، تسليمهم في الصناعة حتى يكون من جنس ما لا بدَّ منه للصغار، ولمَّا لم يتهيأ التوفيق بين الروايتين لبعضهم غيَّروا لفظ الكتاب بقوله:

كَالأَخِ وَالعَمِّ وَالأُمِّ وَالمُلْتَقِطُ إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهِمْ. وَإِذَا مَلَكَ هَؤُلاءِ هَذَا النَّوعَ فَالوَلِيُّ أَوْلَى بِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ فِي حَقِّ الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ فِي حِجْرِهِ، وَنَوعٌ ثَالِثٌ مَا هُوَ نَفْعٌ مَحْضٌ كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالقَبْضِ، فَهَذَا يَمْلِكُهُ المُلْتَقِطُ وَالأَخُ وَالعَمُّ وَالصَّبِيُّ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ، لِأَنَّ اللَّائِقَ بِالحِكْمَةِ فَتْحُ بَابِ مِثْلِهِ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فَيَمْلِكُ بِالعَقْلِ وَالوِلَايَةِ وَالحِجْرِ وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الإِنْفَاقِ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، وَيَجُوزُ لِلأُمِّ أَنْ تُؤَاجِرَ ابْنَهَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهَا وَلا يَجُوزُ لِلْعَمِّ)؛ لِأَنَّ الأُمَّ تَمْلِكُ إِتْلافَ مَنَافِعِهِ بِاسْتِخْدَامٍ، وَلا كَذَلِكَ المُلْتَقِطُ وَالعَمُّ (وَلَوْ أَجَّرَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ لا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّهُ مَشُوبٌ بِالضَّرَرِ (إِلَّا إِذَا فَرَغَ مِنَ العَمَلِ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ تَمَحَّضَ نَفْعًا فَيَجِبُ المُسَمَّى وَهُوَ نَظِيرُ العَبْدِ المَحْجُورِ يُؤَاجِرُ نَفْسَهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةَ) وَيَرْوُونَ الدَّايَةَ، وَهُوَ طَوْقُ الحَدِيدِ الَّذِي يَمْنَعُهُ مِنْ أَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ، وَهُوَ مُعْتَادٌ بَيْنَ الظَّلَمَةِ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةُ أَهْلِ

وَإِجَارَةُ الأَظْآرِ، والأول أصح؛ لأنه موافق لرواية «الجامع الصغير» للإمام المحتاط في لفظه فخر الإسلام البزدوي رحمه الله، ووجه دفع التناقض ما ذكرنا.

قوله: وَلَا يَجُوزُ لِلْعَمِّ ذَلِكَ، يعني: وإن كان في حجره.

قوله: وَلَوْ أَجَّرَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ لَا يَجُوزُ، أي: لا يلزم.

قوله: وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةَ، وَيُرْوَى الدَّايَةَ، راية الغلام: غل يجعل في عنقه علامة يعلم به أنه آبق، وأمّا الداية بالدال فغلطٌ، كذا في «المغرب».

النَّارِ فَيُكْرَهُ كَالإِحْرَاقِ بِالنَّارِ (وَلا يُكْرَهُ أَنْ يُقَيِّدَهُ)؛ لِأَنَّهُ سُنَّةُ المُسْلِمِينَ فِي السُّفَهَاءِ وَأَهْلِ الدَّعَارَةِ فَلَا يُكْرَهُ فِي العَبْدِ تَحَرُّزًا عَنْ إِبَاقِهِ وَصِيَانَةً لِمَالِهِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِالحُقْنَةِ يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِيَ)؛ لِأَنَّ التَّدَاوِيَ مُبَاحٌ بِالإِجْمَاعِ، وَقَدْ وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ الحَدِيثُ. وَلا فَرْقَ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ المُحَرَّمُ كَالخَمْرِ وَنَحْوِهَا؛ لِأَنَّ الاِسْتِشْفَاءَ بِالمُحَرَّمِ حَرَامٌ.

قوله: فَيُكْرَهُ كَالإِحْرَاقِ بِالنَّارِ، قالوا: هذا كان في زمانهم عند قلة الإباق، أمَّا في زماننا لا بأس به لغلبة الإباق خصوصاً في الهنود، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَلا بَأْسَ بِالحُقْنَةِ يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِيَ، قيَّد به؛ لأنه لو أراد بها التسمين لا يباح.

قوله: وَقَدْ وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ - أي: بإباحة التداوي - الحَدِيثُ، وهو ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «تداووا عباد الله فإن الله تعالى ما خلق داءً إلا وقد خلق له دواءً إلا السام والهرم».

والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب، ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم رضي الله عنها: ﴿وَهُزِّيٓ إِلَيۡكِ بِجِذۡعِ ٱلنَّخۡلَةِ﴾ [مريم: ٢٥]، والله عزوجل قادر على أن يرزقها من غير هزٍّ، كذا ذكره فخر الإسلام، والمحبوبي رحمهما الله تعالى.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ المُحَرَّمُ كَالخَمْرِ، وفي «التهذيب»: يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي، إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك به، فيه وجهان.

وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوي؟ فيه وجهان، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

وذكر في «الذخيرة»: وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله: بأن الاستشفاء بالخمر حرام فهو غير مجرى على إطلاقه، وإن الاستشفاء بالمحرم إنما لا يجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاء،

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِرِزْقِ القَاضِي)؛ «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ إِلَى مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ، وَبَعَثَ عَلِيًّا إِلَى اليَمَنِ وَفَرَضَ لَهُ»؛ وَلِأَنَّهُ مَحْبُوسٌ لِحَقِّ المُسْلِمِينَ فَتَكُونُ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِمْ وَهُوَ مَالُ بَيْتِ المَالِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الحَبْسَ مِنْ أَسْبَابِ النَّفَقَةِ كَمَا فِي الوَصِيِّ وَالمُضَارِبِ إِذَا سَافَرَ بِمَالِ المُضَارَبَةِ،

أما إذا علم أن فيه الشفاء وليس له دواء آخر غيره موجود يجوز الاستشفاء به.

ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه: «إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»، يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داءٍ عرف له دواء غير المحرم؛ لأنه حينئذٍ يستغنى بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال.

قوله: بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ إِلَى مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ، أي: فرض أربعين أوقية في السنة، والأوقِيَّة بالتشديد أربعون درهمًا، وتكلموا أنه صلى الله عليه وسلم من أيِّ مال رزقه؟ ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت في زمن عُمر رضي الله عنه؟، فقيل: إنما رزقه من الفيء ممَّا أفاء الله تعالى، وقيل: من المال الذي أخذ من نصارى بني نجران، ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر.

وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يأخذ كل يوم درهمًا وثلثي درهمٍ، وعن عُمر رضي الله عنه أنه كان يأخذ كفايته.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: إن استعف فتنزه كان أفضل، قال الله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، والآية وإن كان نزولها في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم فيثبت ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة، فقد رُوي عن عثمان رضي الله عنه أنه احتسب ولم يأخذ.

هذا كله فيما إذا كان مال بيت المال حلالًا جمع بحق، وأمَّا إذا كان حرامًا جمع بباطل لم يحل أخذه؛ لأن سبيل الحرام والغصب رده على أهله، وليس ذلك بمال عامة المسلمين.

وَهَذَا فِيمَا يَكُونُ كِفَايَةً، فَإِنْ كَانَ شَرْطًا فَهُوَ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى الطَّاعَةِ، إِذِ القَضَاءُ طَاعَةٌ بَلْ هُوَ أَفْضَلُهَا، ثُمَّ القَاضِي إِذَا كَانَ فَقِيرًا: فَالأَفْضَلُ بَلِ الوَاجِبُ الأَخْذُ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ إِقَامَةُ فَرْضِ القَضَاءِ إِلَّا بِهِ، إِذِ الاشْتِغَالُ بِالكَسْبِ يُقْعِدُهُ عَنْ إِقَامَتِهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَالأَفْضَلُ الامْتِنَاعُ عَلَى مَا قِيلَ رِفْقًا بِبَيْتِ المَالِ. وَقِيلَ الأَخْذُ وَهُوَ الأَصَحُّ صِيَانَةً لِلْقَضَاءِ عَنِ الهَوَانِ وَنَظَرًا لِمَنْ يُوَلَّى بَعْدَهُ مِنَ المُحْتَاجِينَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْقَطَعَ زَمَانًا يَتَعَذَّرُ إِعَادَتُهُ ثُمَّ تَسْمِيَتُهُ رِزْقًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ بِقَدْرِ الكِفَايَةِ.

وَقَدْ جَرَى الرَّسْمُ بِإِعْطَائِهِ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ؛ لِأَنَّ الخَرَاجَ يُؤْخَذُ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ وَهُوَ يُعْطَى مِنْهُ، وَفِي زَمَانِنَا الخَرَاجُ يُؤْخَذُ فِي آخِرِ السَّنَةِ وَالمَأْخُوذُ مِنَ الخَرَاجِ خَرَاجُ السَّنَةِ المَاضِيَةِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوِ اسْتَوْفَى رِزْقَ سَنَةٍ وَعُزِلَ قَبْلَ اسْتِكْمَالِهَا، قِيلَ هُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَعْرُوفٍ فِي نَفَقَةِ المَرْأَةِ إِذَا مَاتَتْ فِي السَّنَةِ بَعْدَ اسْتِعْجَالِ نَفَقَةِ السَّنَةِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ الرَّدُّ.

قوله: وَهَذَا فِيمَا يَكُونُ كِفَايَةً، يعني: إذا أخذ القاضي رزقه على وجه الكفاية بأن تقلد القضاء ابتداءً من غير شرط، ثم رزقه الوالي كفاية له لاحتباسه بالقضاء عن الكسب، أمَّا إذا أخذ على وجه الشرط بأن قال في ابتداء تقلد القضاء: إنما أقبل القضاء إن رزقني الوالي كذا كذا في كل شهر، أو في كل سنة بمقابلة قضائي بين الناس، وإلا فلا أقبل، فهو باطل؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى الطَّاعَةِ، فلا يجوز.

قوله: وَلَوِ اسْتَوْفَى رِزْقَ سَنَةٍ وَعُزِلَ قَبْلَ اسْتِكْمَالِهَا، قِيلَ هُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَعْرُوفٍ فِي نَفَقَةِ المَرْأَةِ، يعني: على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب، وقاسوا على نفقة الزوجة إذا استعجلت نفقة السنة فماتَ الزوج

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ تُسَافِرَ الأَمَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ)؛ لِأَنَّ الأَجَانِبَ فِي حَقِّ الإِمَاءِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى النَّظَرِ وَالمَسِّ بِمَنْزِلَةِ المَحَارِمِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَأُمُّ الوَلَدِ أَمَةٌ لِقِيَامِ المِلْكِ فِيهَا وَإِنِ امْتَنَعَ بَيْعُهَا، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد رحمه الله، هذا كله من «الجامع الصغير» لشمس الأئمة، وفخر الإسلام رحمهما الله، وغيرهما.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ تُسَافِرَ الأَمَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ، إلى آخره، ذكر في «التتمَّة»: كانت هذه الإباحة في الابتداء، أمَّا الآن فيكره لهما أيضًا، وأحاله إلى آخر كراهية شيخ الإسلام رحمه الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ إِحيَاءِ المَوَاتِ

قَالَ: (المَوَاتُ مَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الأَرَاضِي لِانْقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ أَوْ لِغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيْهِ

كتـاب إحيـاء الموات

ذكر إحياء الموات بعد الكراهية؛ إمَّا لأن في إحياء الموات مسائل ما يكره وما لا يكره كمسائل الكراهية؛ وإمَّا لأن الإحياء هاهُنا هو الإحياء صورةً لا حقيقةً؛ لأن المراد منه هو التسبيب للحياة النامية، فكذا المراد من الكراهة ما هو قريب إلى الحرمة صورةً لا حقيقةً، والحرمة التي هي الكراهية الكاملة الحقيقية.

ثم محاسن إحياء الموات ظاهرة؛ لأن فيه حسناً أصليًّا إلا عند اقتضاء الحكمة ضده كما في ضده، وهي إماتة الحي فإن فيها قبحًا أصليًّا إلا عند اقتضاء الحكمة ضدها، فالاعتبار للأمر الأصلي.

ولأن في إحياء الموات إنبات أرض هامدة، وإثبات طراوة زائدة، وإصلاح ما أفسده الزمان بمرور الأيام، والتسبيب للخصب في أقوات الأنام، وعمارة الأرض الغامرة، وتليين ما خشن من الأماكن الواعرة، وإظهار وصف من أوصاف الجنان، بحيث تلتذ به أعين الغلمان والفتيان، من إجراء الأنهار تحت أشجار النخيل والرمان، متكئين على فرش بطائنها من استبرق وجنى الجنتين دان، فنعيم العاجلة نموذج الآجلة، ولا ينكر حسن صفة الجنان، فكذا حسن ما أشبه بها من العمران.

قال أبو نصر رحمه الله: المراد من الحياة هاهُنا الحياة النامية، قال الله تعالى: ﴿فَأَحْيَيْنَا بِهِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ﴾ [فاطر: ٩]، وإنما سمي مواتًا لبطلان الانتفاع بها تشبيهًا بالحيوان إذا

أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزِّرَاعَةَ) سُمِّيَ بِذَلِكَ لِبُطْلَانِ الِانْتِفَاعِ بِهِ.

قَالَ: (فَمَا كَانَ مِنْهَا عَادِيًّا لا مَالِكَ لَهُ أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الإِسْلَامِ لا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ القَرْيَةِ بِحَيْثُ إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ مِنْ أَقْصَى العَامِرِ فَصَاحَ لا يُسْمَعُ الصَّوْتُ فِيهِ فَهُوَ مَوَاتٌ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ، وَمَعْنَى العَادِيِّ مَا قَدُمَ خَرَابُهُ. وَالمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَشْتَرِطُ أَنْ لا يَكُونَ مَمْلُوكًا لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ مَعَ انْقِطَاعِ الِارْتِفَاقِ بِهَا لِيَكُونَ مَيْتَةً مُطْلَقًا، فَأَمَّا الَّتِي هِيَ

ماتَ وبطل الانتفاع به.

ثم أسباب عدم الانتفاع بالأراضي أنواع على ما هو المذكور في الكتاب.

وقوله: أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، بأن صارت سبخةً، أو غلبت الرمال عليها.

قوله: أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ، هذا الذي ذكره قول بعض المشايخ.

وقد ذكر في «الذخيرة»: والأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها فهي كاللقطة، وقيل: كالموات.

قوله: إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ مِنْ أَقْصَى العَامِرِ فَصَاحَ، وفي «الذخيرة»: والفاصل بين القريب والبعيد مروي عن أبي يوسف رحمه الله قال: يقوم رجل جهوري الصوت من أقصى العمرانات على مكان عالي وينادي بأعلى صوته، فإلى الموضع الذي لا يسمع صوته فيه يكون بعيدًا، وعن أبي يوسف رحمه الله في رواية أخرى: أن البعيد قدر غلوة.

قوله: وَمَعْنَى العَادِيِّ مَا قَدُمَ خَرَابُهُ، يعني: لا أن يكون منسوبًا إلى عادٍ كما هو مقتضاه.

وقال في «المبسوط»: وعن طاووس رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن عاديَّ الأرض لله وللرسول، فمن أحيا أرضًا ميتة فهيَ له»، والمراد منه الموات من الأرض، سمَّاها عادياً على معنى أنَّها خربت على عهد عادٍ، وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضي الزمان عليه ينسب إلى عادٍ فمعناه: ما تقدم خرابه فيما يُعلم أنه لا حق لأحد فيه.

مَمْلُوكَةٌ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ لا تَكُونُ مَوَاتًا، وَإِذَا لَمْ يُعْرَفْ مَالِكُهُ تَكُونُ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالِكٌ يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَيَضْمَنُ الزَّارِعُ نُقْصَانَهَا، وَالْبُعْدُ عَنِ الْقَرْيَةِ عَلَى مَا قَالَ شَرَطَهُ أَبُو يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا يَكُونُ قَرِيبًا مِنَ الْقَرْيَةِ لا يَنْقَطِعُ ارْتِفَاقُ أَهْلِهَا عَنْهُ فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ. وَمُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتَبَرَ انْقِطَاعَ ارْتِفَاقِ أَهْلِ الْقَرْيَةِ عَنْهَا حَقِيقَةً، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِنَ الْقَرْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ الْمَعْرُوفُ بِخُوَاهَرْ زَادَهْ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَشَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتَمَدَ عَلَى مَا اخْتَارَهُ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - (ثُمَّ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ مَلَكَهُ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: يَمْلِكُهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وقوله: وَإِذَا لَمْ يُعْرَفْ مَالِكُهُ، من تتمة قول محمد حمه الله، يعني: إذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين، كمن ماتَ وترك مالًا ولم يترك وارثًا فلا يكون لواحدٍ أن يتملك على التخصيص.

قوله: فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ، أي: على القريب الذي هو دليل الارتفاق، فالحاصل أن عند أبي يوسف رحمه الله يدار الحكم على القرب والبعد، وعن محمد رحمه الله على وجود حقيقة الارتفاق وعدمها.

قوله: ثُمَّ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ مَلَكَهُ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: يَمْلِكُهُ، كان شيخي رحمه الله يقول في هذه المسألة: فالمشروعات على نوعين:

أحدهما: نصب الشرع، والآخر إذن بالشرع، فنصب الشرع كقوله صلى الله عليه وسلم: «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف»، والإذن بالشرع كقوله صلى الله عليه وسلم: «من قتل قتيلًا فله سلبه» أي: للإمام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول، فكذلك إلى يومنا هذا من قتل قتيلًا لا يكون له السلب إلا أن يأذن الإمام به، فكذلك قوله صلى الله عليه وسلم:

وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي الحَطَبِ وَالصَّيْدِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ نَفْسُ إِمَامِهِ بِهِ» وَمَا رَوَيَاهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذْنٌ لِقَوْمٍ لا نَصْبٌ لِشَرْعٍ؛ وَلِأَنَّهُ مَغْنُومٌ لِوُصُولِهِ إِلَى يَدِ المُسْلِمِينَ بِإِيجَافِ الخَيْلِ وَالرِّكَابِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهِ بِدُونِ إِذْنِ الإِمَامِ كَمَا فِي سَائِرِ الغَنَائِمِ. وَيَجِبُ فِيهِ العُشْرُ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ تَوْظِيفِ الخَرَاجِ عَلَى المُسْلِمِ لا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِبْقَاءُ الخَرَاجِ عَلَى اعْتِبَارِ المَاءِ. فَلَوْ أَحْيَاهَا، ثُمَّ تَرَكَهَا فَزَرَعَهَا غَيْرُهُ فَقَدْ قِيلَ الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ مَلَكَ اسْتِغْلَالَهَا لا رَقَبَتَهَا، فَإِذَا تَرَكَهَا كَانَ الثَّانِي أَحَقَّ بِهَا. وَالأَصَحُّ أَنَّ الأَوَّلَ يَنْزِعُهَا مِنَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالإِحْيَاءِ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ

«مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»، من قبيل الإذن بالشرع عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما من قبيل نصب الشرع، فلمَّا كان هذا الحديث محتملًا لهذين المعنيين لم يصلح معارضًا لقوله صلى الله عليه وسلم: «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ نَفْسُ إِمَامِهِ بِهِ»؛ لأن ذلك لا يحتمل إلا وجهًا واحدًا فترجح ما قاله.

قوله: كَمَا فِي سَائِرِ الغَنَائِمِ، أي: المغانم التي لم تقسم بعدُ.

قوله: فَلَوْ أَحْيَاهَا، ثُمَّ تَرَكَهَا فَزَرَعَهَا غَيْرُهُ فَقَدْ قِيلَ الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا، إلى أن قال: وَالأَصَحُّ أَنَّ الأَوَّلَ يَنْزِعُهَا، وأصل هذا أن من أحيا أرضًا ميتة قال بعض المشايخ رحمهم الله: يثبت ملك الاستغلال دون ملك الرقبة، فمنهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله[1]، وعامة المشايخ رحمهم الله يقولون يملك رقبتها، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالإِحْيَاءِ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ الحَدِيثُ، إذ الإِضَافَةُ فِيهِ بِلَامِ التَّمْلِيكِ، وهو

(١) قد مرَّت ترجمته سابقًا في المجلد الأول، انظر: (١/ ٢٩١).

الحَدِيثُ، إذِ الإِضَافَةُ فِيهِ بِلَامِ التَّمْلِيكِ وَمِلْكُهُ لا يَزُولُ بِالتَّرْكِ. وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ثُمَّ أَحَاطَ الإِحْيَاءُ بِجَوَانِبِهَا الأَرْبَعَةِ مِنْ أَرْبَعَةِ نَفَرٍ عَلَى التَّعَاقُبِ؛ فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ طَرِيقَ الأَوَّلِ فِي الأَرْضِ الرَّابِعَةِ لِتَعَيُّنِهَا لِتَطَرُّقِهِ وَقَصَدَ الرَّابِعُ إِبْطَالَ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ كَمَا يَمْلِكُهُ المُسْلِمُ)؛ لِأَنَّ الإِحْيَاءَ سَبَبُ المِلْكِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذْنُ الإِمَامِ مِنْ شَرْطِهِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ حَتَّى الِاسْتِيلَاءِ عَلَى أَصْلِنَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ أَخَذَهَا الإِمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ)؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الأَوَّلِ كَانَ لِيَعْمُرَهَا فَتَحْصُلُ المَنْفَعَةُ لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ حَيْثُ العُشْرِ

قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ».

فإن قيل: وقد يضاف إلى المنتفع بغير ملكه كما رُوي: «أنه صلى الله عليه وسلم مرَّ بحائط فقال: لمن هذا؟، قال رافع بن خديج: لي يا رسول الله استأجرته»؟

قلنا: الأصل هو الملك في الإضافة وغيره عارض فلا يعارض الأصل بالمعارض.

قوله: وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ثُمَّ أَحَاطَ الإِحْيَاءُ بِجَوَانِبِهَا الأَرْبَعَةِ مِنْ أَرْبَعَةِ نَفَرٍ عَلَى التَّعَاقُبِ، يعني: أن رجلًا إذا أحيا أرضًا مواتـًا ثم جاء آخر وأحيا إلى جنبها أرضـًا والأول ساكت، حتى أحاطوا جوانبها الأربعة كيف يكون الطريق إلى صاحب الأرض الأول؟

قال: آخِر أرض أحياها صاحبها يترك له فيها طريقـًا إلى أرضه؛ لأنه حين سكتَ عن الأول والثاني والثالث صار الباقي طريقًا له، فإذا أحياه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق، كذا في «الذخيرة».

قوله: حَتَّى الِاسْتِيلَاءِ عَلَى أَصْلِنَا، أي: كما أن المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله، فكذلك الكافر أيضًا يملك مال الكافر بالاستيلاء.

أَوِ الخَرَاجِ. فَإِذَا لَمْ تَحْصُلْ يَدْفَعُ إِلَى غَيْرِهِ تَحْصِيلًا لِلْمَقْصُودِ؛ وَلِأَنَّ التَّحْجِيرَ لَيْسَ بِإِحْيَاءٍ لِيَمْلِكَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ الإِحْيَاءَ إِنَّمَا هُوَ العِمَارَةُ وَالتَّحْجِيرُ الإِعْلَامُ، سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُعَلِّمُونَهُ بِوَضْعِ الأَحْجَارِ حَوْلَهُ أَوْ يُعَلِّمُونَهُ لِحَجْرِ غَيْرِهِمْ عَنْ إِحْيَائِهِ فَبَقِيَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَمَا كَانَ هُوَ الصَّحِيحُ.

وَإِنَّمَا شَرَطَ تَرْكَ ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا أَعْلَمَهُ لا بُدَّ مِنْ زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى وَطَنِهِ وَزَمَانٍ يُهَيِّئُ أُمُورَهُ فِيهِ، ثُمَّ زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى مَا يَحْجُرُهُ فَقَدَّرْنَاهُ بِثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهَا مِنَ السَّاعَاتِ وَالأَيَّامِ وَالشُّهُورِ لا يَفِي بِذَلِكَ، وَإِذَا لَمْ يَحْضُرْ بَعْدَ انْقِضَائِهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَكَهَا. قَالُوا: هَذَا كُلُّهُ دِيَانَةً، فَأَمَّا إِذَا أَحْيَاهَا غَيْرُهُ قَبْلَ مُضِيِّ هَذِهِ المُدَّةِ

قوله: وَالتَّحْجِيرُ الإِعْلَامُ، وصورة التحجير: أن يمرّ الرجل بموضع من الموات ويقصد إحياء ذلك الموضع ولم يمكنه الإحياء للحال، لانعدام آلات الإحياء للحال، فيُعلم هناك بعلامة فيضع حول ذلك الموضع الأحجار، أو يحصد ما فيها من الحشيش والشرك ويجعل حولها، أو يغرس حولها أغصانًا يابسة، وكذلك إذا نقى الأرض من الحشيش، أو أحرق ما فيها من الشرك فهذا تحجير وليس بإحياء، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: واشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع، فإن من أعلم في موضع من الموات علامةً فكأنه يمنع الغير من إحياء ذلك الموضع، فسمي فعله تحجيرًا.

قوله: أَوْ يُعَلِّمُونَهُ لِحَجْرِ غَيْرِهِمْ، أي: أو يعلمون الموات بشيءٍ آخر سوى الأحجار لمنع غيرهم.

قوله: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ، والأصح: لمحتجر، من: احتجر الأرض، أي: أعلم علمًا في حدودها فيحوزها ويمنعها، كذا في «المغرب».

مَلَكَهَا لِتَحَقُّقِ الإِحْيَاءِ مِنْهُ دُونَ الأَوَّلِ وَصَارَ كَالِاسْتِيَامِ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ، وَلَوْ فُعِلَ يَجُوزُ العَقْدُ. ثُمَّ التَّحْجِيرُ قَدْ يَكُونُ بِغَيْرِ الحَجَرِ بِأَنْ غَرَزَ حَوْلَهَا أَغْصَانًا يَابِسَةً أَوْ نَقَّى الأَرْضَ وَأَحْرَقَ مَا فِيهَا مِنَ الشَّوْكِ أَوْ خَضَدَ مَا فِيهَا مِنَ الحَشِيشِ أَوِ الشَّوْكِ، وَجَعَلَهَا حَوْلَهَا وَجَعَلَ التُّرَابَ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يُتِمَّ المُسَنَّاةَ لِيَمْنَعَ النَّاسَ مِنَ الدُّخُولِ، أَوْ حَفَرَ مِنْ بِئْرٍ ذِرَاعًا أَوْ ذِرَاعَيْنِ، وَفِي الأَخِيرِ وَرَدَ الخَبَرُ.

وَلَوْ كَرَبَهَا وَسَقَاهَا فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِحْيَاءٌ، وَلَوْ فَعَلَ أَحَدَهُمَا يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَلَوْ حَفَرَ أَنْهَارَهَا وَلَمْ يَسْقِهَا يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَإِنْ سَقَاهَا مَعَ حَفْرِ الأَنْهَارِ كَانَ إِحْيَاءً لِوُجُودِ الفِعْلَيْنِ، وَلَوْ حَوَّطَهَا أَوْ سَنَّمَهَا بِحَيْثُ يَعْصِمُ المَاءَ يَكُونُ إِحْيَاءً؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ البِنَاءِ، وَكَذَا إِذَا بَذَرَهَا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ وَيُتْرَكُ مَرْعًى لِأَهْلِ القَرْيَةِ وَمَطْرَحًا لِحَصَائِدِهِمْ)

قوله: وَفِي الأَخِيرِ - وهو حفر البئر - وَرَدَ الخَبَرُ، وهو ما رُوي: «عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: من حفر من بئر مقدار ذراع فهو متحجر»، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

المسناة: ما يبنى للسيل ليرد الماء.

قوله: حَوَّطَهَا - (ديوار كرد مر ويرا) - أَوْ سَنَّمَهَا، (نموده نِهاد)، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن كربها، أو ضرب عليها المسناة، أو حفر لها بئرًا، كذا في «الذخيرة».

حصائد الزرع: جمع حصيد وحصيدة، وهما الزرع المحصود.

قوله: وَمَطْرَحًا لِحَصَائِدِهِمْ، أي: موضع إلقاء الزرع المحصود للكدس وغيره.

لِتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا حَقِيقَةً أَوْ دَلَالَةً عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَا يَكُونُ مَوَاتًا لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهَا بِمَنْزِلَةِ الطَّرِيقِ وَالنَّهْرِ. وَعَلَى هَذَا قَالُوا: لَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ مَا لَا غِنَى بِالْمُسْلِمِينَ عَنْهُ كَالْمِلْحِ وَالْآبَارِ الَّتِي يَسْتَقِي النَّاسُ مِنْهَا لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي بَرِّيَّةٍ فَلَهُ حَرِيمُهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا حَفَرَ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ عِنْدَهُ أَوْ بِإِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ حَفْرَ الْبِئْرِ إِحْيَاءٌ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَتْ لِلْعَطَنِ فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ»، ثُمَّ قِيلَ: الْأَرْبَعُونَ مِنْ كُلِّ الْجَوَانِبِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ؛ لِأَنَّ فِي الْأَرَاضِي رَخْوَةً وَيَتَحَوَّلُ الْمَاءُ

العطن والمَعْطَن: مناخ الإبل ومبركها حول الماء.

يقال: ينضح الزرع بالناضح، أي يسقى الزرع بالناضح وهو السَّانية.

وإنما قدر حريم بئر العطن بأربعين ذراعًا، وحريم بئر الناضح بستين ليفرق بين ما يسقى منه باليد في العطن، وبين ما يسقى منه بالناضح وهو البعير، كذا في «المغرب».

قوله: ثُمَّ قِيلَ: الْأَرْبَعُونَ مِنْ كُلِّ الْجَوَانِبِ، أي: من كل الجوانب الأربع بأن يكون من كل جانب عشرة أذرع؛ لأن ظاهر لفظ الحديث وهو ما رواه الحسن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ»، تجمع الجوانب الأربع.

والأصح أن المراد أربعون ذراعًا من كل جانب، فإن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول، لكي لا يحفر أحد في حريمه بئرًا أخرى فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب، فإن الأراضي تختلف في الصلابة والرخاوة، وفي مقدار أربعين ذراعًا من كل جانب يتيقن بدفع هذا الضرر، كذا في «المبسوط».

إِلَى مَا حُفِرَ دُونَهَا (وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ فَحَرِيمُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا، وَهَذَا عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «حَرِيمُ العَيْنِ خَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ، وَحَرِيمُ بِئْرِ العَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا» وَلِأَنَّهُ قَدْ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى أَنْ يُسَيِّرَ دَابَّتَهُ لِلاسْتِقَاءِ، وَقَدْ يَطُولُ الرِّشَاءُ وَبِئْرُ العَطَنِ لِلاسْتِقَاءِ مِنْهُ بِيَدِهِ فَقَلَّتِ الحَاجَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفَاوُتِ.

وَلَهُ مَا رَوَيْنَا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَالعَامُّ المُتَّفَقُ عَلَى قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ أَوْلَى عِنْدَهُ مِنَ الخَاصِّ المُخْتَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ، وَلِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الحَرِيمِ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُ فِي

قوله: وَلَهُ مَا رَوَيْنَا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، أي: بين بئر العطن وبئر الناضح، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ».

فإن قيل: لمَّا قيد في ذلك الحديث أربعين ذراعًا بالعطن بقوله صلى الله عليه وسلم: «عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ»، فكيف تكون رواية ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح؟

قلنا: ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد، فإن الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق، فيكون ذكر العطن ذكرًا لجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى: ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَۚ﴾ [الجمعة: ٩]، قيَّد بالبيع؛ لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع، وكذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] الآية، والوعيد ليس بمخصوص بالأكل، ولكن الغالب من أمره الأكل فأخرجه على ما عليه الغالب.

قوله: وَالعَامُّ المُتَّفَقُ عَلَى قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ أَوْلَى عِنْدَهُ مِنَ الخَاصِّ المُخْتَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ، ولهذا رجح قوله صلى الله عليه وسلم: «ما أخرجت الأرض ففيه العشر»، على قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»، وعلى قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس في الخضراوات».

مَوْضِعِ الحَفْرِ، وَالِاسْتِحْقَاقُ بِهِ، فَفِيمَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الحَدِيثَانِ تَرَكْنَاهُ وَفِيمَا تَعَارَضَا فِيهِ حَفِظْنَاهُ؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يُسْتَقَى مِنَ العَطَنِ بِالنَّاضِحِ وَمِنْ بِئْرِ النَّاضِحِ بِاليَدِ فَاسْتَوَتِ الحَاجَةُ فِيهِمَا، وَيُمْكِنُهُ أَنْ يُدِيرَ البَعِيرَ حَوْلَ البِئْرِ فَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا فَحَرِيمُهَا خَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ؛ لِأَنَّ العَيْنَ تُسْتَخْرَجُ لِلزِّرَاعَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ مَوْضِعٍ يَجْرِي فِيهِ المَاءُ وَمِنْ حَوْضٍ يَجْتَمِعُ فِيهِ المَاءُ. وَمِنْ مَوْضِعٍ يُجْرَى فِيهِ إِلَى المَزْرَعَةِ فَلِهَذَا يُقَدَّرُ بِالزِّيَادَةِ، وَالتَّقْدِيرُ بِخَمْسِمِائَةٍ بِالتَّوْقِيفِ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ كَمَا ذَكَرْنَا فِي العَطَنِ، وَالذِّرَاعُ هِيَ المُكَسَّرَةُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

وَقِيلَ إِنَّ التَّقْدِيرَ فِي العَيْنِ وَالبِئْرِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَرَاضِيهِمْ لِصَلَابَةٍ بِهَا وَفِي أَرَاضِينَا

وقوله: تَرَكْنَاهُ، أي: تركنا القياس، حَفِظْنَاهُ، أي: حفظنا القياس.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «حَرِيمُ العَيْنِ خَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ».

قوله: وَالذِّرَاعُ هِيَ المُكَسَّرَةُ، فالذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة، وإنما وصفت بذلك؛ لأنها نقصت عن ذراع الملك بقبضة، وهو بعض الأكاسرة وكانت ذراعه سبع قبضات، كذا في «المغرب».

وذكر في «الحصائل»[1]: ذراع الملك أطول الذرعان وهي سبع قبضات، كل قبضة أربعة أصابع، فذراع العامة أربعة وعشرون أصبعًا، وذراع الملك ثمان وأربعون أصبعًا.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي: بيَّنا الوجه في أن الخمسمائة معتبر من كل جانب؛ لأنه لم يذكر بيان الذراع المكسرة فيما تقدم.

(١) في «كشف الظنون» (١/ ٦٦٨): «الحصائل في المسائل»: لنجم الدين، أبي حفص، عُمر بن محمد النسفي، الحنفي، المتوفى سنة (٥٣٧ هـ)، وقد مرَّت ترجمته سابقاً في (١/ ١٨٨).

رَخَاوَةٌ فَيُزَادُ كَيْ لا يَتَحَوَّلَ المَاءُ إِلَى الثَّانِي فَيَتَعَطَّلَ الأَوَّلُ.

قَالَ: (فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا مُنِعَ مِنْهُ) كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْوِيتِ حَقِّهِ وَالإِخْلَالِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ بِالحَفْرِ مَلَكَ الحَرِيمَ ضَرُورَةَ تَمَكُّنِهِ مِنَ الِانْتِفَاعِ بِهِ فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ؛ فَإِنِ احْتَفَرَ آخَرُ بِئْرًا فِي حَرِيمِ الأَوَّلِ لِلْأَوَّلِ أَنْ يُصْلِحَهُ وَيَكْبِسَهُ تَبَرُّعًا، وَلَوْ أَرَادَ أَخْذَ الثَّانِي فِيهِ قِيلَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَكْبِسَهُ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ جِنَايَةِ حَفْرِهِ بِهِ كَمَا فِي الكُنَاسَةِ يُلْقِيهَا فِي دَارِ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِرَفْعِهَا، وَقِيلَ يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ ثُمَّ يَكْبِسُهُ بِنَفْسِهِ كَمَا إِذَا هَدَمَ جِدَارَ غَيْرِهِ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ذَكَرَهُ فِي أَدَبِ القَاضِي لِلْخَصَّافِ وَذَكَرَ طَرِيقَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ، وَمَا عَطِبَ فِي الأَوَّلِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، إِنْ كَانَ بِإِذْنِ الإِمَامِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهُمَا. وَالعُذْرُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ جَعَلَ فِي الحَفْرِ تَحْجِيرًا وَهُوَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ

قوله: لِلْأَوَّلِ أَنْ يُصْلِحَهُ وَيَكْبِسَهُ، أي: يصلحه بالكبس، فيكون العطف عطف تفسير كقولك: أعجبني زيد وكرمه، أي: أعجبني كرم زيدٍ.

قوله: وَلَوْ أَرَادَ أَخْذَ الثَّانِي فِيهِ، أي: لو أراد صاحب البئر الأولى أن يؤاخذ الحافر الثاني بسبب حفره في حريم الأول بأي شيء يؤاخذ؟ قيل: يأمر الثاني بكسبه، وقيل: لا، بل يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ ثُمَّ يَكْبِسُهُ بِنَفْسِهِ.

قوله: كَمَا إِذَا هَدَمَ جِدَارَ غَيْرِهِ، أي: يضمنه النقصان ويبني الجدار بنفسه.

قوله: وَذَكَرَ طَرِيقَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ، وهو أن يقوّم ما قبل الحفر، ويقوّم ما بعد الحفر، فيضمن نقصان ما بينهما.

قوله: جَعَلَ فِي الحَفْرِ تَحْجِيرًا وَهُوَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ، فصار الحفر التام بغير إذن الإمام

الإِمَامِ، وَإِنْ كَانَ لا يَمْلِكُهُ بِدُونِهِ، وَمَا عَطِبَ فِي الثَّانِيَةِ فَفِيهِ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ حَيْثُ حفَرَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَإِنْ حَفَرَ الثَّانِي بِئْرًا وَرَاءَ حَرِيمِ الأَوَّلِ فَذَهَبَ مَاءُ البِئْرِ الأَوَّلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي حَفْرِهَا، وَلِلثَّانِي الحَرِيمُ مِنَ الجَوَانِبِ الثَّلَاثَةِ دُونَ الجَانِبِ الأَوَّلِ لِسَبْقِ مِلْكِ الحَافِرِ الأَوَّلِ فِيهِ (وَالقَنَاةُ لَهَا حَرِيمٌ بِقَدْرِ مَا يُصْلِحُهَا) وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البِئْرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ. وَقِيلَ هُوَ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ لا حَرِيمَ لَهَا مَا لَمْ يَظْهَرِ المَاءُ عَلَى الأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ نَهْرٌ فِي التَّحْقِيقِ فَيُعْتَبَرُ

بمنزلة من حفر بئرًا نحو ذراع بإذنه، وثمَّة يكون ذلك تحجيرًا ولم يثبت له الملك بذلك القدر فكذلك الحفر التام بدون إذن الإمام؛ لأن في الحفر التام وإن وجدت العلة لكن الشرط وهو إذن الإمام لم يوجد فلم تعمل العلة عملها فلا يثبت الملك فيبقى تحجيرًا، وبالتحجير لا يكون متعديًا فلا يضمن بالاتفاق.

قوله: وَإِنْ كَانَ لا يَمْلِكُهُ بِدُونِهِ، أي: بدون الإذن.

قوله: وَمَا عَطِبَ فِي الثَّانِيَةِ فَفِيهِ الضَّمَانُ، أي: يضمن الحافر الثاني لا الأول، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي حَفْرِهَا، كالتاجر إذا كان له حانوت، واتخذ آخر بجنبه حانوتًا بمثل ذلك التجارة، فكسدت تجارة الأول بذلك لم يكن له أن يخاصم الثاني.

قوله: وَلِلثَّانِي الحَرِيمُ مِنَ الجَوَانِبِ الثَّلَاثَةِ دُونَ الجَانِبِ الأَوَّلِ، وفي «المبسوط»: ثم استحقاق الحريم من كل جانب في الموات من الأراضي ممَّا لا حق لأحدٍ فيه، وأمَّا فيما هو حق الغير فلا، حتى لو حفر إنسان بئرًا فجاء آخر وحفر بئرًا على منتهى حد حريمه فإنه لا يستحق الحريم من الجانب الذي هو حريم صاحب البئر الأولى، وإنما يستحق من الجوانب الأخر ممَّا لا حق لأحد فيه؛ لأن في ذلك الجانب الأول قد سبق إليه وثبتَ استحقاقه به، كما قال صلى الله عليه وسلم: «مِنًى مُنَاخُ مَنْ سَبَقَ»، فلا يكون لأحد أن يبطل حقه ويشاركه فيه.

بِالنَّهْرِ الظَّاهِرِ. قَالُوا: وَعِنْدَ ظُهُورِ المَاءِ عَلَى الأَرْضِ هُوَ بِمَنْزِلَةِ عَيْنٍ فَوَّارَةٍ فَيُقَدَّرُ حَرِيمُهُ بِخَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ (وَالشَّجَرَةُ تُغْرَسُ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ لَهَا حَرِيمٌ أَيْضًا حَتَّى لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَغْرِسَ شَجَرًا فِي حَرِيمِهَا)؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى حَرِيمٍ لَهُ يَجِدُ فِيهِ ثَمَرَهُ وَيَضَعُهُ فِيهِ وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، بِهِ وَرَدَ الحَدِيثُ.

قَالَ: (وَمَا تَرَكَ الفُرَاتُ أَوِ الدِّجْلَةُ وَعَدَلَ عَنْهُ المَاءُ وَيَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ) لِحَاجَةِ العَامَّةِ إِلَى كَوْنِهِ نَهْرًا (وَإِنْ كَانَ لا يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ فَهُوَ كَالمَوَاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيمًا لِعَامِرٍ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مِلْكِ أَحَدٍ، لِأَنَّ قَهْرَ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ وَهُوَ اليَوْمَ فِي يَدِ الإِمَامِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

والقناة: مجرى الماء تحت الأرض، يعني: (كاريز).

قوله: وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، بِهِ وَرَدَ الحَدِيثُ، «فإن رجلًا غرس شجرة في أرض فلاةٍ فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته، فشكا صاحب الشجرة الأول إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة أذرع، وأطلق الآخر فيما وراء ذلك»، وهذا حديث صحيح مشهور، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ، إلى آخره، وفي «شرح الطحاوي»: ولو أن نَهْرًا لرجل وأرضًا على شط النهر لآخر فتنازعا في المسناة، فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالإجماع، ولو لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رحمه الله: هي لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيها حق، حتى أن صاحب الأرض إذا أراد رفعها - أي: هدمها - كان لصاحب النهر منعه من ذلك، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما

إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، وَقَالا: لَهُ مُسَنَّاةُ النَّهَرِ يَمْشِي عَلَيْهَا وَيُلْقِي عَلَيْهَا طِينَهُ)
قِيلَ هَذِهِ المَسْأَلَةُ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ مَنْ حَفَرَ نَهْرًا فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الإِمَامِ لا يَسْتَحِقُّ الحَرِيمَ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا يَسْتَحِقُّهُ؛ لِأَنَّ النَّهَرَ لا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالحَرِيمِ لِحَاجَتِهِ إِلَى المَشْيِ لِتَسْيِيلِ المَاءِ، وَلا يُمْكِنُهُ المَشْيُ عَادَةً فِي بَطْنِ النَّهَرِ وَإِلَى إِلْقَاءِ الطِّينِ، وَلا يُمْكِنُهُ النَّقْلُ إِلَى مَكَان بَعِيدٍ إِلَّا بِحَرَجٍ فَيَكُونُ لَهُ الحَرِيمُ اعْتِبَارًا بِالبِئْرِ.
وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَفِي البِئْرِ عَرَفْنَاهُ بِالأَثَرِ، وَالحَاجَةُ إِلَى الحَرِيمِ فِيهِ فَوْقَهَا إِلَيْهِ فِي النَّهَرِ؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالمَاءِ فِي النَّهَرِ مُمْكِنٌ بِدُونِ الحَرِيمِ، وَلا يُمْكِنُ فِي البِئْرِ إِلَّا بِالِاسْتِقَاءِ وَلا اسْتِقَاءَ إِلَّا بِالحَرِيمِ فَتَعَذَّرَ الإِلْحَاقُ.

الله: المسناة لصاحب النهر.

وفي «كشف الغوامض»: أن الاختلاف في نَهر كبير لا يحتاج إلى كريه في كل حين، أمَّا الأنهَار الصغار التي يحتاج إلى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق.

قوله: فَيَكُونُ لَهُ الحَرِيمُ اعْتِبَارًا بِالبِئْرِ؛ وهذا لأن استحقاق الحريم لأجل الحاجة، وصاحب النهر محتاج إلى ذلك كصاحب البئر والعين، ومتى كان المعنى في المنصوص عليه معقولًا يتعدى الحكم بذلك المعنى إلى الفروع.

قوله: وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: وَلِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الحَرِيمِ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُ فِي مَوْضِعِ الحَفْرِ، وَالِاسْتِحْقَاقُ بِهِ، أي: الاستحقاق بالعمل وهو الحفر، ولا عمل في غير موضع الحفر فلا يستحق.

قوله: وَالحَاجَةُ إِلَى الحَرِيمِ فِيهِ فَوْقَهَا إِلَيْهِ فِي النَّهَرِ، أي: الحاجة إلى الحريم في البئر بتأويل القليب أو الجب فوق الحاجة إلى الحريم في حق النهر؛ لأن الحاجة إلى الحريم في البئر متحققة في الحال، وهنا الحاجة موهومة باعتبار الكري، وقد يحتاج إلى ذلك وقد

وَوَجْهُ البِنَاءِ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ تَثْبُتُ اليَدُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا تَبَعًا لِلنَّهرِ، وَالقَوْلُ لِصَاحِبِ اليَدِ، وَبِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ تَنْعَدِمُ اليَدُ، وَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَإِنْ كَانَتْ مَسْأَلَةً مُبْتَدَأَةً فَلَهُمَا أَنَّ الحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهَرِ بِاسْتِمْسَاكِهِ المَاءَ بِهِ، وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ صَاحِبُ الأَرْضِ نَقْضَهُ.

وَلَهُ أَنَّهُ أَشْبَهُ بِالأَرْضِ صُورَةً وَمَعْنًى، أَمَّا صُورَةً فَلِاسْتِوَائِهِمَا، وَمَعْنًى مِنْ حَيْثُ صَلَاحِيَتُهُ لِلْغَرْسِ وَالزِّرَاعَةِ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ لِمَنْ فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِهِ، كَاثْنَيْنِ تَنَازَعَا

لا يحتاج، ثم هناك الانتفاع لا يتأتَّى بدون الحريم وهنا يتأتَّى، إلا أنه يلحقه في ذلك بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر، فإذا لم يكن هذا في معنى المنصوص يؤخذ فيه بأصل القياس، ألا ترى أن من بنى قصرًا بمفازة لا يستحق بذلك حريمًا وإن كان يحتاج إلى ذلك لإلقاء الكناسة فيه؛ وهذا لأن استحقاق الحريم لا يكون بدون التقدير فيه، ونصب المقادير بالرأي لا يكون، كذا في «المبسوط».

قوله: وَوَجْهُ البِنَاءِ، يعني: لمَّا ثبت من أصلهما بأن صاحب النهر الذي جعل نَهره في أرض موات استحق حريم النهر عندهما، كان الظاهر شاهدًا له عند المنازعة، وهو معنى **قوله**: أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ تَثْبُتُ اليَدُ عَلَيْهِ، أي: بسبب استحقاق الحريم باتخاذ النهر تثبت اليد على الحريم عندهما كما تثبت يده بالحفر على النهر، فعند المنازعة القول قول صاحب اليد عندهما، ولمَّا كان لا يستحق بالنهر حريمًا عند أبي حنيفة رحمه الله كان الظاهر شاهدًا لصاحب الأرض، وهذا معنى **قوله**: وَبِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ، أي: بعدم استحقاق صاحب النهر الحريم تنعدم يد صاحب النهر على الحريم.

قوله: وَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ؛ وذلك لأن أرضه في يده وملكه بلا منازعة أحدٍ، والحريم من جنس الأرض صالح لما يصلح له الأرض وليس من جنس النهر ومن حيث الانتفاع، كما أن صاحب النهر يمسك الماء بالحريم في نَهره فصاحب الأرض أيضًا

فِي مِصْرَاعِ بَابٍ لَيْسَ فِي يَدِهِمَا، وَالمِصْرَاعُ الآخَرُ مُعَلَّقٌ عَلَى بَابِ أَحَدِهِمَا يُقْضَى لِلَّذِي فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِالمُتَنَازَعِ فِيهِ، وَالقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الخِلَافِ قَضَاءُ تَرْكٍ، وَلا نِزَاعَ فِيمَا بِهِ اسْتِمْسَاكُ المَاءِ إِنَّمَا النِّزَاعُ فِيمَا وَرَاءَهُ مِمَّا يَصْلُحُ لِلْغَرْسِ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُسْتَمْسِكًا بِهِ مَاءُ نَهْرِهِ فَالآخَرُ دَافِعٌ بِهِ المَاءَ عَنْ أَرْضِهِ، وَالمَانِعُ مِنْ نَقْضِهِ تَعَلُّقُ حَقِّ صَاحِبِ النَّهْرِ لا مِلْكُهُ. كَالحَائِطِ لِرَجُلٍ وَلِآخَرَ عَلَيْهِ جُذُوعٌ لا يَتَمَكَّنُ مِنْ نَقْضِهِ وَإِنْ كَانَ مَلَكَهُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ نَهْرٌ لِرَجُلٍ إِلَى جَنْبِهِ مُسَنَّاةٌ وَلِآخَرَ خَلْفَ المُسَنَّاةِ أَرْضٌ تَلْزَقُهَا، وَلَيْسَتِ المُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَهِيَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ – رَحِمَهُ اللهُ –).

وَقَالَا: هِيَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ حَرِيمًا لِمُلْقَى طِينِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

يدفع الماء بالحريم عن أرضه، فقد استويا في استعمال الحريم، ويرجح جانب صاحب الأرض من الوجه الذي قررنا، فكان الظاهر شاهدًا له فله أن يغرس ما بدا له من الأشجار، ولكن ليس له أن يهدمه؛ لأن لصاحب النهر حق استمساك الماء في نَهْره به، فلا يكون له أن يبطل حقه بهدمه، بمنزلة حائط لرجل ولآخر عليه جذع لا يكون لصاحب الحائط أن يهدم الحائط وإن كان مملوكًا له لمراعاة حق صاحب الجذع، فكذلك هاهُنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الخِلَافِ قَضَاءُ تَرْكٍ، أي: لا قضاء ملك واستحقاق، وإنما ذكر هذا؛ لأن صاحب النهر لو أقام بينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته، ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته؛ وذلك لأن الأصل أن من صار مقضيًّا عليه في حادثة لا يصير مقضيًّا له في تلك الحادثة، إلا إذا كان القضاء قضاء ترك يصير مقضيًّا له بعد إقامة البينة.

قوله: وَلا نِزَاعَ فِيمَا بِهِ اسْتِمْسَاكُ المَاءِ، هذا جواب عن قولهما: أَنَّ الحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهْرِ بِاسْتِمْسَاكِهِ المَاءَ بِهِ.

وَقَوْلُهُ وَلَيْسَتِ المُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا مَعْنَاهُ: لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ غَرْسٌ وَلَا طِينٌ مُلْقًى فَيَنْكَشِفُ بِهَذَا اللَّفْظِ مَوْضِعُ الخِلَافِ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ ذَلِكَ فَصَاحِبُ الشُّغْلِ أَوْلَى، لِأَنَّهُ صَاحِبُ يَدٍ. وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ غَرْسٌ لا يُدْرَى مَنْ غَرَسَهُ فَهُوَ مِنْ مَوَاضِعِ الخِلَافِ أَيْضًا.

وَثَمَرَةُ الِاخْتِلَافِ أَنَّ وِلَايَةَ الغَرْسِ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِصَاحِبِ النَّهْرِ.

وَأَمَّا إِلْقَاءُ الطِّينِ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ إِنَّ لِصَاحِبِ النَّهْرِ ذَلِكَ مَا لَمْ يُفْحِشْ. وَأَمَّا المُرُورُ فَقَدْ قِيلَ يُمْنَعُ صَاحِبُ النَّهْرِ عِنْدَهُ، وَقِيلَ لا يُمْنَعُ لِلضَّرُورَةِ.

قَالَ الفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: آخُذُ بِقَوْلِهِ فِي الغَرْسِ وَبِقَوْلِهِمَا فِي إِلْقَاءِ الطِّينِ.

ثُمَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرِيمَهُ مِقْدَارُ نِصْفِ النَّهْرِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ - أي: على المسناة، على تأويل الحريم - ذَلِكَ فَصَاحِبُ الشُّغْلِ أَوْلَى، أي: إذا كان غرس لصاحب الأرض كانت المسناة له من غير خلاف، وإذا كان طين مُلقى لصاحب النهر كانت المسناة لصاحب النهر من غير خلاف.

قوله: وَأَمَّا إِلْقَاءُ الطِّينِ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ عَلَى الخِلَافِ، وذكر في «الأسرار» في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله: وأمّا الحاجة فيحتمل أن يكون الجواز عند أبي حنيفة رحمه الله أن لصاحب النهر حق المرور وإلقاء الطين ولا يملك أصل الرقبة، فيكون لصاحب الأرض حق الغرس والانتفاع بوجهٍ لا يفسد عليه النهر ومنافعه وبذلك الطريق ظهر العمل في الناس من غير نكير.

قوله: ثُمَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ حَرِيمَهُ مِقْدَارُ نِصْفِ بَطْنِ النَّهْرِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وهو اختيار الطحاوي، حتى إذا كان عرض النهر بقدر ثلاثة أذرع من الجانبين جميعًا من كل

وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِقْدَارُ بَطْنِ النَّهَرِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ. وَهَذَا أَرْفَقُ بِالنَّاسِ.

جانب ذراع ونصف.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ مِقْدَارُ بَطْنِ النَّهَرِ، وهو اختيار الكرخي رحمه الله، أي: يستحق من كل جانب بقدر عرض النهر.

قوله: وَهَذَا أَرْفَقُ بِالنَّاسِ، أي: بالناس الذين هم أهل النهر، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فُصُولٌ فِي مَسَائِلِ الشُّرْبِ

فَصْلٌ فِي المِيَاهِ

(وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ نَهْرٌ أَوْ بِئْرٌ أَوْ قَنَاةٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ شَيْئًا مِنَ الشَّفَةِ، وَالشَّفَةُ الشِّرْبُ لِبَنِي آدَمَ وَالبَهَائِمِ) اعْلَمْ أَنَّ المِيَاهَ أَنْوَاعٌ: مِنْهَا مَاءُ البِحَارِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

لمَّا ذكر كتاب إحياء الموات ذكر هاهنا ما يتعلق به من مسائل الشرب؛ لأن الإنسان إذا أحيا الموات يحتاج إلى الشرب، فذكر أحكامه في هذه الفصول، وقدَّم فصل المياه على فصل الكري؛ لأن المقصود هو الماء فقدمه لأصالته.

الشَّفَةُ: واحد الشفاة، وأصلها شفهة، سقطت الهاء تخفيفًا، والجمع: شفاه بالهاء، وتصغيرها: شفيهة، على الأصل، ويقال: هم أهل الشفة، أي: الذين لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا دوابهم، كذا في «الطلبة»، و«المغرب».

فجمع الوادي على الأودية على غير قياس، كأنه جمع وديٍّ، مثل سريٍّ وأسرية للنهر، وأصل التركيب يدل على الجري والخروج، يسمى الوادي به؛ لأن الماء يدي فيه، أي: يجري فيه ويسيل، فكان فيه إطلاق لاسم الحال على المحل، كذا في «الصحاح» وغيره.

فِيهَا حَقُّ الشَّفَةِ وَسَقْيِ الأَرَاضِي، حَتَّى إِنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَكْرِيَ نَهْرًا مِنْهَا إِلَى أَرْضِهِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ، وَالِانْتِفَاعُ بِمَاءِ البَحْرِ كَالِانْتِفَاعِ بِالشَّمْسِ وَالقَمَرِ وَالهَوَاءِ فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الِانْتِفَاعِ بِهِ عَلَى أَيِّ وَجْهٍ شَاءَ.

وَالثَّانِي مَاءُ الأَوْدِيَةِ العِظَامِ كَجَيْحُونَ وَسَيْحُونَ وَدِجْلَةَ وَالفُرَاتِ لِلنَّاسِ فِيهِ حَقُّ الشَّفَةِ عَلَى الإِطْلَاقِ وَحَقُّ سَقْيِ الأَرَاضِي، فَإِنْ أَحْيَا وَاحِدٌ أَرْضًا مَيْتَةً وَكَرَى مِنْهُ نَهْرًا لِيَسْقِيَهَا، إِنْ كَانَ لا يَضُرُّ بِالعَامَّةِ وَلا يَكُونُ النَّهْرُ فِي مِلْكِ أَحَدٍ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ فِي الأَصْلِ إِذْ قَهْرُ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالعَامَّةِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهُمْ وَاجِبٌ، وَذَلِكَ فِي أَنْ يَمِيلَ المَاءُ إِلَى هَذَا الجَانِبِ إِذَا انْكَسَرَتْ ضِفَّتُهُ فَيُغْرِقَ القُرَى وَالأَرَاضِي، وَعَلَى هَذَا نَصْبُ الرَّحَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ شَقَّ النَّهْرِ لِلرَّحَى كَشَقِّهِ لِلسَّقْيِ بِهِ.

وَالثَّالِثُ إِذَا دَخَلَ المَاءُ فِي المَقَاسِمِ فَحَقُّ الشَّفَةِ ثَابِتٌ. وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: المَاءِ، وَالكَلَإِ، وَالنَّارِ» وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ

قوله: كَجَيْحُونَ - هو نَهر خوارزم - وَسَيْحُونَ - نَهر التُّرك - وَدِجْلَةَ - نَهر بغداد - وَالفُرَاتِ، نَهر الكوفة.

ضِفَّة النَّهر: جانبه، بالكسر والفتح، كذا في «المغرب».

قوله: النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ، فإن قلتَ: كان القياس أن يقال: في ثلاثة، تغليبًا للمذكر على المؤنث؛ لأن الأصل هو المذكر.

قلتُ: الاستعمال في فصيح الكلام إذا لم يذكر المعدودات يذكر على لفظ المؤنث، كما في قوله صلى الله عليه وسلَّم: «من صام رمضان وأتبعه بست من شوال»، الحديث،

الشِّرْبَ، وَالشِّرْبُ خُصَّ مِنْهُ الأَوَّلُ وَبَقِيَ الثَّانِي وَهُوَ الشَّفَةُ، وَلِأَنَّ البِئْرَ وَنَحْوَهَا مَا وُضِعَ لِلْإِحْرَازِ. وَلا يُمْلَكُ المُبَاحُ بِدُونِهِ كَالظَّبْيِ إِذَا تَكَنَّسَ فِي أَرْضِهِ، وَلِأَنَّ فِي إِبْقَاءِ الشَّفَةِ ضَرُورَةً؛ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لا يُمْكِنُهُ اسْتِصْحَابُ المَاءِ إِلَى كُلِّ مَكَان وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِنَفْسِهِ وَظَهْرِهِ؛ فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ أَفْضَى إِلَى حَرَجٍ عَظِيمٍ، وَإِنْ أَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَسْقِيَ بِذَلِكَ أَرْضًا أَحْيَاهَا كَانَ لِأَهْلِ النَّهْرِ أَنْ يَمْنَعُوهُ عَنْهُ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرَّ؛

والصوم إنما يتحقق في الأيام لا في الليالي، والتأنيث باعتبار الليالي، ولكن لمَّا لم يذكر المعدود وهو الأيام ذكره مؤنثًا، والمعنى فيه هو النظر إلى لفظ الأعداد وهو مؤنث.

ثم في قوله صلى الله عليه وسلم: النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي المَاءِ، وَالكَلَإِ، وَالنَّارِ»، لم يرد به شركة الملك، إنما أراد به الإباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والأنهار لكل أحد أن يشرب منها ويسقي دوابه وإن كان فيه انقطاع ذلك الماء، إلى آخر ما ذكر في الكتاب من أحكام المياه من الأنواع الأربعة.

وأمَّا الكلأ والحشيش إذا نبتَ في أرض إنسان بغير إنبات يكون مباحًا لكل من يأخذه، إلا أنه لا يدخل أرضه إلا بإذنه، فإن كان لا يجد ذلك في موضع آخر يقول لصاحب الأرض: إمَّا أن تحتش وتدفع إليَّ وإمَّا أن تأذن لي بالدخول، بخلاف الشجر فإن الشجر إذا نبتَ في أرض إنسان بغير إنبات يكون لصاحب الأرض.

والشجر: ما له ساق نحو السوسن، والشوك، والكلإ، والحشيش: ما لا ساق له إذا نبتَ بل ينبسط على وجه الأرض.

وأمَّا الحشيش الذي أنبته صاحب الأرض، بأن سقى أرضه وكربها فأنبت الحشيش فيها لدوابه فهو أحق بذلك، وليس لأحد أن ينتفع بشيءٍ منه إلا برضاه؛ لأنه حصل بكسبه والكسب للمكتسب.

وأمَّا بيان الشركة في النار أن من أوقد نارًا في صحراء لا حق لأحدٍ فيه، فلكل أحد أن ينتفع بناره من حيث الاصطلاء بها، وتجفيف الثياب بِها، وأن يعمل بضوئها، فأمَّا إذا أراد أن

لِأَنَّهُ حَقٌّ خَاصٌّ لَهُمْ وَلَا ضَرُورَةَ. وَلِأَنَّا لَوْ أَبَحْنَا ذَلِكَ لَانْقَطَعَتْ مَنْفَعَةُ الشِّرْبِ.

وَالرَّابِعُ: الْمَاءُ الْمُحَرَّزُ فِي الْأَوَانِي وَأَنَّهُ صَارَ مَمْلُوكًا لَهُ بِالْإِحْرَازِ، وَانْقَطَعَ حَقُّ غَيْرِهِ عَنْهُ كَمَا فِي الصَّيْدِ الْمَأْخُوذِ، إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ شُبْهَةُ الشَّرِكَةِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ مَا رَوَيْنَا، حَتَّى لَوْ سَرَقَهُ إِنْسَانٌ فِي مَوْضِعٍ يَعِزُّ وُجُودُهُ وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابًا

يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك إذا منعه صاحب النار؛ لأن ذلك حطب أو فحم قد أحرزه الذي أوقد النار، وإنما الشركة التي أثبتها رسول الله صلى الله عليه وسلم في النار، والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم، فإن أخذ من ذلك الجمر نظر، فإن كان ذلك ممَّا له قيمة إذا جعله صاحبه فحمًا كان له أن يسترده منه، وإن لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده؛ لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادةً والمانع يكون متعنتًا، والمتعنِّت ممنوع شرعًا من التعنت، كذا في «المبسوط»، و«فتاوى قاضي خان».

وذكر في «شرح الطحاوي»: وأمَّا النار فإنه إذا أوقد رجل نارًا أو سراجًا، فليس له أن يمنع أحدًا من الاستضاءة بضوءه والاصطلاء بناره.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ شُبْهَةُ الشَّرِكَةِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ».

قوله: حَتَّى لَوْ سَرَقَهُ إِنْسَانٌ ... لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ، فإن قلتَ: فبهذا الاعتبار ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها؛ لأن قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، يورث شبهةً بهذا الطريق.

قلتُ: ليس هذا نظير ذلك؛ لأن الذي نحن فيه تخصيص للشركة في الأشياء المخصوصة بعد ثبوت الشركة عمومًا في تلك الآية، فلو لم يعمل بمعنى الشركة في العموم لم يلزم عمل الإعمال في خصوص الشركة، ألا ترى أن عموم قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] لم يورث شبهة في سقوط حد الزنا، فإنه لو زنى بأمة الغير يجب حد الزنا، وأورثت الشركة الخاصة شبهة في سقوط حد الزنا، حتى لو زنا بأمة مشتركة بينه وبين غيره

لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ.

وَلَوْ كَانَ البِئْرُ أَوِ العَيْنُ أَوِ الحَوْضُ أَوِ النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَنْ يُرِيدُ الشَّفَةَ مِنَ الدُّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِذَا كَانَ يَجِدُ مَاءً آخَرَ يَقْرُبُ مِنْ هَذَا المَاءِ فِي غَيْرِ مِلْكِ أَحَدٍ، وَإِنْ كَانَ لا يَجِدُ يُقَالُ لِصَاحِبِ النَّهْرِ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الشَّفَةَ أَوْ تَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ بِشَرْطِ أَنْ لا يَكْسِرَ ضِفَّتَهُ، وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَنِ الطَّحَاوِيِّ، وَقِيلَ مَا قَالَهُ صَحِيحٌ فِيمَا إِذَا احْتَفَرَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ. أَمَّا إِذَا احْتَفَرَهَا فِي أَرْضِ مَوَاتٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ؛ لِأَنَّ المَوَاتَ كَانَ مُشْتَرَكًا وَالحَفْرُ لِإِحْيَاءِ حَقٍّ مُشْتَرَكٍ فَلا يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ فِي الشَّفَةِ، وَلَوْ مَنَعَهُ عَنْ ذَلِكَ، وَهُوَ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ ظَهْرِهِ العَطَشَ لَهُ أَنْ يُقَاتِلَهُ بِالسِّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِتْلَافَهُ بِمَنْعِ حَقِّهِ وَهُوَ الشَّفَةُ، وَالمَاءُ فِي البِئْرِ مُبَاحٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ، بِخِلَافِ المَاءِ المُحَرَّزِ فِي الإِنَاءِ حَيْثُ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ السِّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهُ، وَكَذَا الطَّعَامُ عِنْدَ

لم يجب الحد؛ وذلك لأنا لو عملنا بعموم قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، يلزم انسداد أبواب الحدود كلها، ولبطل العمل بالآيات التي لا تحمل إلا وجهًا واحدًا من نحو قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾ [النور: ٢]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: ٣٨]، وهو لا يصح؛ لأن العمل بخبر الواحد وهو قوله صلى الله عليه وسلَّم: «ادرءوا الحدود بالشبهات» إنما يصح أن لو بقي الكتاب معمولًا عند العمل بخبر الواحد، وإلا فلا، وهاهُنا لو عملنا بعموم قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] إعمالًا للشبهة الثانية بالحديث يبطل خاصّ الكتاب فلا يصح ذلك.

قوله: بِخِلَافِ المَاءِ المُحَرَّزِ فِي الإِنَاءِ حَيْثُ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ السِّلَاحِ، هذا إذا كان معه ماءٌ كثير، فإن لم يكن كثيرًا فهو على وجهين:

أحدهما: أن يكون الماء مقدار ما يردُّ رمقهما، أو كان يكفي لرمق أحدهما، فإن كان

إِصَابَةِ المَخْمَصَةِ، وَقِيلَ فِي البِئْرِ وَنَحْوِهَا الأَوْلَى أَنْ يُقَاتِلَهُ بِغَيْرِ السِّلَاحِ بِعَصًا؛ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مَعْصِيَةً فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ التَّعْزِيرِ لَهُ؛ وَالشَّفَةُ إِذَا كَانَ يَأْتِي عَلَى المَاءِ كُلِّهِ بِأَنْ كَانَ جَدْوَلًا صَغِيرًا. وَفِيمَا يَرِدُ مِنَ الإِبِلِ وَالمَوَاشِي كَثْرَةٌ يَنْقَطِعُ المَاءُ بِشُرْبِهَا قِيلَ لا يُمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الإِبِلَ لا تَرِدُهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ وَصَارَ كَالمُيَاوَمَةِ وَهُوَ سَبِيلٌ فِي قِسْمَةِ الشِّرْبِ. وَقِيلَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ اعْتِبَارًا بِسَقْيِ المَزَارِعِ وَالمَشَاجِرِ وَالجَامِعُ تَفْوِيتُ

يكفي لرد رمقهما كان للمضطر أن يأخذ منه البعض ويترك البعض، وإن كان لا يكفي إلا لأحدهما فإنه يترك الماء على المالك.

قوله: وَالشَّفَةُ إِذَا كَانَ يَأْتِي عَلَى المَاءِ كُلِّهِ، أي: شرب الناس والدواب إذا كان يفني الماء كله ويستأصِلُه.

قوله: وَقِيلَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ اعْتِبَارًا بِسَقْيِ المَزَارِعِ، وأكثرهم على هذا.

وفي «المبسوط»: وأكثرهم على أن له أن يمنع في مثل هذه الصورة؛ لأن حق الشفة فيما لا يضر بصاحب النهر والبئر، فأمَّا ما يضر ويقطع حقه فله أن يمنع ذلك اعتبارًا بسقي الأرض، والشجر، والزرع، فله أن يمنع من يريد أن يسقي شجره وزرعه من نَهره، أو قناته، أو بئره، أو عينه، وليس لأحدٍ أن يفعل ذلك إلا بإذنه؛ إمَّا لأنه يريدُ أن يسوي نفسه بصاحب الحق فيما هو المقصود، فالنهر والقناة إنما يشق لهذا المقصود، وليس لغير المستحق أن يسوي نفسه بالمستحق فيما هو المقصود، بخلاف الشفة فذلك تبع غير مقصود.

أو لأنه يحتاج إلى أن يحفر نَهرًا من هذا النهر إلى أرضه فيكسر به ضِفة النهر، وليس له أن يكسر ضِفة نَهر الغير، وكذلك في البئر ليس لأحد أن يتصرف في حريم بئر الغير.

وإن كان قد اتخذ مشجرة أو خضرة في داره فأراد أن يسقي ذلك يحمل الماء إليه بالجرَّة ليسقي ذلك، فقد استقصى فيه بعض المتأخرين من أئمة بلخ وقالوا: ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر، والأصح أنه لا يمنع من هذا المقدار؛ لأن الناس يتوسعون فيه والمنع منه يعدُّ

حَقِّهِ، وَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا المَاءَ مِنْهُ لِلْوُضُوءِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الأَمْرَ بِالوُضُوءِ وَالغُسْلِ فِيهِ كَمَا قِيلَ يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَسْقِيَ شَجَرًا أَوْ خَضِرًا فِي دَارِهِ حَمْلًا بِجِرَارِهِ لَهُ ذَلِكَ فِي الأَصَحِّ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَوَسَّعُونَ فِيهِ وَيَعُدُّونَ المَنْعَ مِنَ الدَّنَاءَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ وَنَخْلَهُ وَشَجَرَهُ مِنْ نَهْرِ هَذَا الرَّجُلِ وَبِئْرِهِ وَقَنَاتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ نَصًّا، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ المَاءَ مَتَى دَخَلَ فِي المَقَاسِمِ انْقَطَعَتْ شِرْكَةُ الشِّرْبِ بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ فِي إِبْقَائِهِ قَطْعَ شِرْبِ صَاحِبِهِ، وَلِأَنَّ المَسِيلَ حَقُّ صَاحِبِ النَّهْرِ، وَالضِّفَّةِ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّهُ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْيِيلُ فِيهِ وَلَا شَقُّ الضِّفَّةِ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ صَاحِبُهُ فِي ذَلِكَ أَوْ أَعَارَهُ فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ فَتَجْرَى فِيهِ الإِبَاحَةُ كَالمَاءِ المُحَرَّزِ فِي إِنَائِهِ.

من الدناءة، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلَّم: «إن الله يحب معالي الأمور ويبغض سفاسفها».

واختلفوا في التوضؤ بماء السقاية، جوَّز بعضهم، وقال بعضهم: إن كان الماء كثيرًا يجوز، وإلا فلا.

وكذلك ما أعد للشرب، حتى قالوا في الحياض التي أعدت للشرب: لا يجوز فيه التوضؤ ويمنع منه، وهو الصحيح، ويجوز أن يحمل ماء السقاية إلى بيته ليشرب أهله، كذا في «المبسوط»، و«فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ المَاءَ مَتَى دَخَلَ فِي المَقَاسِمِ - أي: لأن الماء لمَّا دخل في قسمة رجل بعينه - **انْقَطَعَتْ شِرْكَةُ الشِّرْبِ بِوَاحِدَةٍ**، أي: انقطعت شركة شرب غيره عن ذلك الماء بالكليَّة.

قوله: فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْيِيلُ فِيهِ، أي: لا يمكن لغير صاحب النهر التسييل في ذلك المسيل، والله تعالى أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الأَنْهَارُ ثَلَاثَةٌ: نَهْرٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ وَلَمْ يَدْخُلْ مَاؤُهُ فِي المَقَاسِمِ بَعْدُ كَالفُرَاتِ وَنَحْوِهِ، وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ فِي القِسْمَةِ إِلَّا أَنَّهُ عَامٌّ.

فصل في كري الأنهار

لمَّا فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كري الأنْهار التي كان الشرب منها، ولكن لمَّا كانت مؤنة كري النهر أمرًا زائدًا على النهر؛ إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام أخَّر ذكره فقال: الأَنْهَارُ ثَلَاثَةٌ.

فوجه الانحصار عليها ظاهر؛ وذلك لأن النهر إمَّا أن يكون عامًّا، أو خاصًّا، أو مركبـًا منهما بأن يكون ذا حظ من الجانبين، أي: يكون فيه وصف العموم ووصف الخصوص.

أمَّا الأول: فكالفرات والدجلة والسيحون والجيحون.

وأمَّا المركب منهما وهو قوله: وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ تَحْتَ القِسْمَةِ إِلَّا أَنَّهُ عَامٌّ، فذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله: وهو كخُتْفَر[1]، وفراوز[2]، وحرام كام[3] في بخارى، أو مَرْو رُود بمَرْو.

ثم مؤنة كري النهر العام لو احتيج إليه فعلى السلطان، ينفق عليه من بيت المال، ومؤنة كري

---

(١) هو اسم قرية ببُخارى، ولا يوجد ببخارى اليوم أيّ نَهر بهذا الاسم.

(٢) اسم نَهر وقرية قريبـًا من بخارى، وهي تنقسم إلى جناحين: فَراوز العليا وفراوز السُّفلى، انظر: «معجم البلدان» (٢/ ٣٥٠).

(٣) بِهذا الاسم ذكره النرشخي في «تاريخ بخارى»، وله اسم آخر أيضـًا: سامجن، واليوم يُسمَّى بشرغ.

وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ فِي القِسْمَةِ وَهُوَ خَاصٌّ. وَالفَاصِلُ بَيْنَهُمَا اسْتِحْقَاقُ الشَّفَةِ بِهِ وَعَدَمُهُ. فَالأَوَّلُ كَرْيُهُ عَلَى السُّلْطَانِ مِنْ بَيْتِ مَالِ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الكَرْيِ لَهُمْ فَتَكُونُ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمْ، وَيُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ مُؤْنَةِ الخَرَاجِ وَالجِزْيَةِ دُونَ العُشُورِ وَالصَّدَقَاتِ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ لِلْفُقَرَاءِ وَالأَوَّلَ لِلنَّوَائِبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ المَالِ شَيْءٌ فَالإِمَامُ يُجْبِرُ النَّاسَ عَلَى كَرْيِهِ إِحْيَاءً لِمَصْلَحَةِ العَامَّةِ إِذْ هُمْ لا يُقِيمُونَهَا بِأَنْفُسِهِمْ، وَفِي مِثْلِهِ قَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لَوْ تُرِكْتُمْ لَبِعْتُمْ أَوْلادَكُمْ، إِلَّا أَنَّهُ يُخْرِجُ لَهُ مَنْ كَانَ يُطِيقُهُ وَيُجْعَلُ مُؤْنَتُهُ عَلَى المَيَاسِيرِ الَّذِينَ لا يُطِيقُونَهُ

النهر المركب من العام والخاص وهو النهر الثاني، فعلى أهل النهر إذا امتنعوا أجبرهم الإمام.

وأمّا النهر الثالث: فهو النهر الخاص يكون كريه على أهل النهر وإن امتنعوا لا يجبرهم، وتكلموا في النهر الخاص:

قال بعضهم: إن كان النهر لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة يفني ماؤه فيها فهو نَهْر خاص يستحق به الشفعة، وإن كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر عام.

وقال بعضهم: إن كان النهر لما دون الأربعين فهو نَهر خاص، وإن كان أربعين فهو نَهر عام.

وبعضهم جعلوا الحد الفاصل في المائة، وبعضهم في الألف، وأصح ما قيل فيه: أنه يفوض إلى رأي المجتهد حتى يختار أي الأقاويل شاء، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَالفَاصِلُ بَيْنَهُمَا - أي: بين النهر العام والخاص - اسْتِحْقَاقُ الشَّفَةِ بِهِ وَعَدَمُهُ، وقد ذكر ذلك في الشفعة وقال: الشرب الخاص الذي يستحق به الشفعة أن يكون نَهرًا لا تجري فيه السفن، وما يجري فيه فهو نَهر عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعن أبي يوسف رحمه الله: الخاص أن يكون نَهرًا يسقي منه قراحان أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهو عام.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُخْرِجُ لَهُ، أي: للكري.

بِأَنفُسِهِمْ. وَأَمَّا الثَّانِي فَكَرْيُهُ عَلَى أَهْلِهِ عَلَى بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ وَالمَنْفَعَةَ تَعُودُ إِلَيْهِمْ عَلَى الخُصُوصِ وَالخُلُوصِ، وَمَنْ أَبَى مِنْهُمْ يُجْبَرُ عَلَى كَرْيِهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ العَامِّ وَهُوَ ضَرَرُ بَقِيَّةِ الشُّرَكَاءِ وَضَرَرُ الآبِي خَاصٌّ وَيُقَابِلُهُ عِوَضٌ فَلَا يُعَارَضُ بِهِ؛ وَلَوْ أَرَادُوا أَنْ يُحَصِّنُوهُ خِيفَةَ الِانْبِثَاقِ وَفِيهِ ضَرَرٌ عَامٌّ كَغَرَقِ الأَرَاضِي وَفَسَادِ الطُّرُقِ يُجْبَرُ الآبِي، وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ بِخِلَافِ الكَرْيِ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ وَهُوَ الخَاصُّ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَكَرْيُهُ عَلَى أَهْلِهِ لِمَا بَيَّنَّا ثُمَّ قِيلَ يُجْبَرُ الآبِي كَمَا فِي الثَّانِي. وَقِيلَ لا يُجْبَرُ؛

قوله: وَيُجْعَلُ مُؤْنَتُهُ عَلَى المَيَاسِيرِ الَّذِينَ لا يُطِيقُونَهُ بِأَنْفُسِهِمْ، كما يفعل في تجهيز الجيوش، فإنه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء، كذا هاهُنا.

قوله: وَيُقَابِلُهُ عِوَضٌ - وهو حصته من الشرب - فَلَا يُعَارَضُ بِهِ، أي: فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص، بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررًا، ويجب السعي في إعدامه وإن بقي الضرر الخاص، مع أن ذلك الضرر في الخاص مجبور بعوض يقابله وهو حصته من الشرب.

الإنبثاق: وَيْران شُدن بَنْدِ آب.

قوله: قِيلَ يُجْبَرُ الآبِي، وهو قول أبي بكر الإسكاف.

قوله: وَقِيلَ لا يُجْبَرُ، وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البلخي رحمه الله، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

ثم ما ذكره من إجبار الآبي فيما إذا كرى البعض وأبى البعض، حينئذٍ يجبر الآبي على قول البعض، وأمّا إذا امتنع الكل عن الكري واتفقوا على ترك الكري، ففي ظاهر المذهب لا يجبرهم الإمام على ذلك، كما لو امتنعوا عن عمارة أراضيهم ودُوَرهم، وقد قال بعض

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الضَّرَرَيْنِ خَاصٌّ. وَيُمْكِنُ دَفْعُهُ عَنْهُمْ بِالرُّجُوعِ عَلَى الآبِي بِمَا أَنْفَقُوا فِيهِ إذَا كَانَ بِأَمْرِ القَاضِي فَاسْتَوَتِ الجِهَتَانِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَلَا يُجْبَرُ لِحَقِّ الشَّفَةِ كَمَا إذَا امْتَنَعُوا جَمِيعًا وَمُؤْنَةُ كَرْيِ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ عَلَيْهِمْ مِنْ أَعْلَاهُ، فَإِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ رُفِعَ عَنْهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: هِيَ عَلَيْهِمْ

المتأخرين من أصحابنا رحمهم الله: يجبرهم على ذلك لحق أصحاب الشفعة في النهر، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الضَّرَرَيْنِ خَاصٌّ، فلو كان أحدهما عامًّا لأُجبِر دفعًا للضرر العام عن صاحبه كما في النهر الثاني، ثم كل واحدٍ من هذين الضررين بعوض؛ لأن ما يلحق الآبي من الضرر يعوض؛ لأنه يسقي أرضه، وما يلحق بقية شركائه من الضرر فهو يعوض أيضًا؛ لأنه أمكنهم أن يرفعوا الأمر إلى الحاكم حتى يأذن لهم بحفر نصيبه على أن يستوفوا نصيبه من الشرب، بأن يستوفوا منه قيمة ما أنفقوا في نصيبه من الكري، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وهو الإجبار في النهر الثاني، فإن من أبى من أهله يجبر عليه هناك؛ لأن إحدى الجنبتين هناك عام والأخرى خاص، فيجبر الآبي دفعًا للضرر العام عن غيره، وأمَّا هاهنا فكلتا الجنبتين خاص فاستويا فلا يجبر.

قوله: وَلَا يُجْبَرُ لِحَقِّ الشَّفَةِ، هذا جواب إشكال، وهو أن في كري النهر الخاص إحياء حق الشفة للعامة فيكون في الترك ضرر عام، فينبغي أن يجبر الآبي على الكري دفعًا لضرر أهل الشفة، وهو قول بعض المتأخرون من مشايخنا، وفي الظاهر الرواية لا يجبر الآبي لحق أهل الشفة، كما لو امتنع جميع أهل النهر عن الكري حيث لا يجبرون على الكري لحق أهل الشفة، إلى هذا أشار في «مبسوط شيخ الإسلام»، و«الذخيرة».

قوله: فَإِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ رُفِعَ عَنْهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وبقول أبي حنيفة رحمه الله أخذوا في الفتوى، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

جَمِيعًا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ بِحِصَصِ الشِّرْبِ وَالأَرْضِينَ؛ لِأَنَّ لِصَاحِبِ الأَعْلَى حَقًّا فِي الأَسْفَلِ لِاحْتِيَاجِهِ إِلَى تَسْيِيلِ مَا فَضَلَ مِنَ المَاءِ فِيهِ.

وَلَهُ أَنَّ المَقْصِدَ مِنَ الكَرْيِ الِانْتِفَاعُ بِالسَّقْيِ، وَقَدْ حَصَلَ لِصَاحِبِ الأَعْلَى فَلَا يَلْزَمُهُ إِنْفَاعُ غَيْرِهِ، وَلَيْسَ عَلَى صَاحِبِ المَسِيْلِ عِمَارَتُهُ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَسِيلٌ عَلَى سَطْحِ غَيْرِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ يُمْكِنُهُ دَفْعَ المَاءِ عَنْ أَرْضِهِ بِسَدِّهِ مِنْ أَعْلَاهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يُرْفَعُ عَنْهُ إِذَا جَاوَزَ أَرْضَهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ إِذَا جَاوَزَ فُوَّهَةَ نَهْرِهِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ لَهُ رَأْيًا فِي اتِّخَاذِ الفُوَّهَةِ مِنْ أَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، فَإِذَا جَاوَزَ الكَرْيُ أَرْضَهُ حَتَّى سَقَطَتْ عَنْهُ مُؤْنَتُهُ قِيلَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ المَاءُ لِيَسْقِيَ أَرْضَهُ

قوله: لِأَنَّ لِصَاحِبِ الأَعْلَى حَقًّا فِي الأَسْفَلِ، حتى لو باع رجل في الأسفل أرضًا كان للأعلى الشفعة، فكانت مؤنة الأسفل على الأعلى أيضًا كما يكون على غيره من شركاء النهر؛ لأن الغرم بإزاء الغنم.

قوله: فَلَا يَلْزَمُهُ إِنْفَاعُ غَيْرِهِ، والصواب: نفع غيره؛ لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع، كذا وجدتُ بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي رحمه الله.

قوله: وَلَيْسَ عَلَى صَاحِبِ المَسِيْلِ عِمَارَتُهُ، أي: ليس على من هو في أعلى النهر عمارة أسفل النهر بسبب حق تسييل الماء له، وهذا جوابٌ عن قولهما لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه، قلنا مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه، ألا ترى أن من له حق تسييل ماءِ سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بِهذا الحق، فكذلك هاهُنا.

ثم هو يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري أسفل النهر، بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى الماء، فعرفنا أن الحاجة المعتبرة في إلزام مؤنة الكري الحاجة إلى سقي الأراضي.

لِانْتِهَاءِ الكَرْيِ فِي حَقِّهِ، وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَفْرُغْ شُرَكَاؤُهُ نَفْيًا لِاخْتِصَاصِهِ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّفَةِ مِنَ الكَرْيِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُمْ لا يُحْصَوْنَ، وَلِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ.

قوله: وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّفَةِ مِنَ الكَرْيِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُمْ لا يُحْصَوْنَ، فمؤنة الكري لا تستحق على قوم لا يحصون؛ لأنَّهم لا يستحقون الشفعة بحق الشفة حتى يلزم الغرمُ بإزاء الغنم؛ ولأن أهل الشفة جميع أهل الدنيا فلا يمكن جمعهم في الكري.

قوله: وَلِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ، والمؤنة على الأصول لا على الأتباع، ألا ترى أن المؤنة في القتيل الموجود في المحلة على عاقلة أصحاب الخطة دون المشترين والسُّكان، هذا كله من «المبسوط» وغيره، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي الدَّعْوَى وَالِاخْتِلَافِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ

قَالَ: (وَتَصِحُّ دَعْوَى الشِّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُمَلَّكُ بِدُونِ الأَرْضِ إِرْثًا، وَقَدْ يَبِيعُ الأَرْضَ وَيَبْقَى الشِّرْبُ لَهُ وَهُوَ مَرْغُوبٌ فِيهِ فَيَصِحُّ فِيهِ الدَّعْوَى (وَإِذَا كَانَ نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضِ غَيْرِهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ لا يُجْرَى النَّهْرُ

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

لمَّا قرب فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب.

قوله: وَتَصِحُّ دَعْوَى الشِّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا، ففي ذكره استحسانًا دليل على أن في القياس لا يصح هذه الدعوى، وقد ذكره في شرب «المبسوط» وقال:

ولو ادعى شربًا في يد رجل أنه له بغير أرض فإنه ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك؛ لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة، والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام؛ ولأنه يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك في المدعى إذا أثبت دعواه بالبينة، والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة، كالخمر في حق المسلمين، ولكن في حق الاستحسان تقبل ببينة ويقضى به؛ لأن الشرب مرغوبٌ فيه منتفع به، وقد يكون الاستحقاق فيه للإنسان منفردًا عن الأرض بالميراث والوصية، وقد يبيع الأرض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده، فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة.

قوله: فَأَرَادَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ لا يُجْرَى النَّهْرُ فِي أَرْضِهِ تُرِكَ عَلَى حَالِهِ، أي: لم يكن

فِي أَرْضِهِ تُرِكَ عَلَى حَالِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ لَهُ بِإِجْرَاءِ مَائِهِ. فَعِنْدَ الِاخْتِلَافِ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ، وَلَمْ يَكُنْ جَارِيًا فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا النَّهَرَ لَهُ، أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ مَجْرَاهُ لَهُ فِي هَذَا النَّهَرِ يَسُوقُهُ إِلَى أَرْضِهِ لِيَسْقِيَهَا فَيَقْضِي لَهُ لِإِثْبَاتِهِ بِالْحُجَّةِ مِلْكًا لَهُ أَوْ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فِيهِ، وَعَلَى هَذَا الْمَصَبُّ فِي نَهَرٍ أَوْ عَلَى سَطْحٍ أَوِ الْمِيزَابُ أَوِ الْمَمْشَى فِي دَارِ غَيْرِهِ، فَحُكْمُ الِاخْتِلَافِ فِيهَا نَظِيرُهُ فِي الشُّرْبِ.

(وَإِذَا كَانَ نَهَرٌ بَيْنَ قَوْمٍ وَاخْتَصَمُوا فِي الشُّرْبِ كَانَ الشُّرْبُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ)؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الِانْتِفَاعُ بِسَقْيِهَا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، بِخِلَافِ الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّ

له ذلك بل يترك على حاله، وبه صرح في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ، بأن لم يكن مستعملًا بإجراء مائه فيه، أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر.

قوله: أَنَّ هَذَا النَّهَرَ لَهُ، أي: لهذا المدعي الذي يدعي رقبة النهر.

قوله: أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ لَهُ مَجْرَاهُ فِي هَذَا النَّهَرِ يَسُوقُهُ، أي: إن لم تكن له بينة على أصل النهر ولكن له بينة تشهد أنه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقها إلى أرضه حتى يسقيها أجزت ذلك؛ لأنَّهم شهدوا له بحق مستحق في النهر في المجرى، كذا في «المبسوط».

قوله: مِلْكًا لَهُ - أي: فيما إذا كان له ملك الرقبة - أَوْ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فِيهِ، أي: فيما إذا كان له حق التسييل من غير ملك الرقبة.

قوله: وَعَلَى هَذَا الْمَصَبُّ، يعني: (آب راهه).

قوله: فَحُكْمُ الِاخْتِلَافِ، أي: اختلاف المدعيين.

قوله: كَانَ الشُّرْبُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ؛ لأن المقصود بالشرب سقي الأراضي، والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها، فالظاهر أن حق كل واحدٍ منهم من الشرب

الْمَقْصُودَ التَّطَرُّقُ وَهُوَ فِي الدَّارِ الوَاسِعَةِ وَالضَّيِّقَةِ عَلَى نَمَطٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ الأَعْلَى مِنْهُمْ لا يَشْرَبُ حَتَّى يَسْكُرَ النَّهَرَ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ البَاقِينَ، وَلَكِنَّهُ يَشْرَبُ بِحِصَّتِهِ، فَإِنْ تَرَاضَوْا عَلَى أَنْ يَسْكُرَ الأَعْلَى النَّهَرَ حَتَّى يَشْرَبَ بِحِصَّتِهِ أَوِ اصْطَلَحُوا عَلَى أَنْ يَسْكُرَ كُلُّ رَجُلٍ مِنْهُمْ فِي نَوْبَتِهِ جَازَ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا تَمَكَّنَ مِنْ ذَلِكَ بِلَوْحٍ لا يَسْكُرُ بِمَا يَنْكَبِسُ بِهِ النَّهَرُ مِنْ غَيْرِ تَرَاضٍ لِكَوْنِهِ

بقدر أرضه وقدر حاجته، والبناء على الظاهر واجب على تبيين خلافه.

فإن قيل: فقد استووا في إثبات اليد على الماء الذي في النهر، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه؟

قلنا: لا كذلك، فاليد لا تثبت على الماء في النهر لأحدٍ حقيقةً وإنما ذلك بالانتفاع بالماء، والظاهر أن من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة، ثم الماء لا يمكن إحرازه بإثبات اليد عليه وإنما إحرازه بسقي الأراضي فإنما تثبت اليد عليه بحسب ذلك، وهذا بخلاف الطريق إذا اختصم فيه الشركاء فإنَّهم يستوون في ملك رقبة الأرض، ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها؛ لأن الطريق عين تثبت اليد عليه، والمقصود التطرق فيه، والتطرق فيه إلى الدار الواسعة وإلى الدار الضيقة بصفةٍ واحدةٍ، كذا في «المبسوط».

السكر: بستن آب، من حدِّ نصر.

قوله: لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، الضمير[1] راجع إلى مصدر يسكر، أي: لم يكن للأعلى السكر.

قوله: وَلَكِنَّهُ يَشْرَبُ بِحِصَّتِهِ - أي: من غير سكر - فَإِنْ تَرَاضَوْا عَلَى أَنْ يَسْكُرَ الأَعْلَى النَّهَرَ حَتَّى يَشْرَبَ بِحِصَّتِهِ، جاز ذلك؛ لأن المانع حقهم وقد انعدم بتراضيهم.

فإن قلتَ: لم يذكر حكم ما إذا لم يكن للأعلى سقي أرضه بدون السكر، ولم يتراض الشركاء على سكر الأعلى ولم يصطلحوا، أمَّا إذا يفعل الأعلى في سقي أرضه، فما حكمه

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): ليس بضمير، بل هو اسم إشارة.

إِضْرَارًا بِهِمْ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَكْرِيَ مِنْهُ نَهْرًا أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحَى مَاءٍ إِلَّا بِرِضَا أَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ كَسْرَ ضِفَّةِ النَّهرِ وَشَغْلَ مَوْضِعٍ مُشْتَرَكٍ بِالبِنَاءِ، إلَّا أَنْ يَكُونَ رَحًى لا يَضُرُّ بِالنَّهرِ وَلا بِالمَاءِ، وَيَكُونُ مَوْضِعُهَا فِي أَرْضِ صَاحِبِهَا؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ

لو كان هكذا؟

قلتُ: ذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل واحدٍ منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم.

وذكر في شرب «المبسوط»: وعن ابن مسعود رضي الله عنه: «أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يرووا»، فيه دليل على أنه ليس لأهل الأعلى أن يسكروا النهر ويحبسوا الماء عن أهل الأسفل؛ لأن حقهم جميعًا ثابت فلا يكون لبعضهم أن يمنع حق الباقين.

وفيه دليل على أنه إذا كان الماء في النهر بحيث لا يجري في أرض كل واحدٍ منهم إلا بالسكر، فإنه يبدأ أهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا؛ وهذا لأن في السكر إحداث شيءٍ في وسط النهر المشترك، فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء، وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا، فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر، ولهذا سمَّاهم أمراء؛ لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك، ومن يلزمك طاعته فهو أميرك، بيانه في قوله صلى الله عليه وسلَّم: «صاحب الدابة القطوف أمير على الركب»؛ لأنه يأمرهم بانتظاره وعليهم طاعته لحق الصحبة في السفر.

وفيه حكاية أبي يوسف رحمه الله حين ركب مع الخليفة يومًا فتقدمه الخليفة لجودة دابته، فناداه: أيها القاضي إلحق بي، قال: يا أمير المؤمنين إن دابتك إذا حركت طارت وإذا تركت سارت، وإن دابتي إذا حركت قطفت وإذا تركت وقفت فانتظِرْ لي، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «صاحب الدابة القطوف أمير على الركب»، فأمر بأن يحمل أبو يوسف رحمه الله على جنبةٍ له، وقال: حملي إيَّاك على هذا أهون من تأمّرك عليَّ. يقال: تأمَّر عليه، أي: تسلَّط.

فِي مِلْكِ نَفْسِهِ وَلا ضَرَرَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ. وَمَعْنَى الضَّرَرِ بِالنَّهرِ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ كَسْرِ ضِفَّتِهِ، وَبِالمَاءِ أَنْ يَتَغَيَّرَ عَنْ سُنَنِهِ الَّذِي كَانَ يَجْرِي عَلَيْهِ، وَالدَّالِيَةُ وَالسَّانِيَةُ نَظِيرُ الرَّحَى، وَلا يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا وَلا قَنْطَرَةً بِمَنْزِلَةِ طَرِيقٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لِوَاحِدٍ نَهرٌ خَاصٌّ يَأْخُذُ مِنْ نَهرٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ فَأَرَادَ أَنْ يُقَنْطِرَ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْثِقَ

قوله: وَمَعْنَى الضَّرَرِ بِالنَّهرِ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ كَسْرِ ضِفَّتِهِ، وَبِالمَاءِ أَنْ يَتَغَيَّرَ عَنْ سُنَنِهِ الَّذِي كَانَ يَجْرِي عَلَيْهِ، وإذا لم يغير الماء عن سننه، ولا يمنع جريان الماء ينصب الرحى كما كان يجري قبل ذلك، وإنما يضع الرحى في ملك خاص له، فإذا كان بهذه الصفة فله أن يفعل ذلك بغير رضا الشركاء؛ لأنه إنما يحدث ما يحدثه من الأبنية في خالص ملكه، وبسبب الرحى لا ينتقص الماء، ثم ينتفع صاحب الرحى بالماء مع بقاء الماء على حاله، فمن يمنعه من ذلك يكون متعنتًا قاصدًا إلى الإضرار به لا دافعًا الضررَ عن نفسه، فلا يلتفت إلى تعنته.

وأمَّا إذا كرى لنصب الرحى نَهرًا منه ففيه كسر ضفة النهر وتغيير الماء عن سننه، ولا بدَّ أن ينتقص الماء به، وإذا كان يجري على سننه لا يتبين فيه نقصان، وإذا انفرج يتبين فيه النقصان وإن عاد إلى النهر، كذا في «المبسوط».

الدَّالِيَةُ: جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز، وفي رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها.

وَالسَّانِيَةُ: البعير يسنَّى عليه، أي: يسقى من البئر، وقد ذكرناه.

الجِسْر: اسم لما يوضع ويرفع ممَّا يكون متخذًا من الخشب والألواح.

والقَنْطَرة: مما يتخذ من الآجر والحجر يكون موضوعًا لا يرفع، وكل ذلك يحدثه من يتخذه في ملك مشترك فلا يملك ذلك إلا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المغرب»: القنطرة: ما تبنى على الماء للعبور، والجسر: عام، فإن الجسر ما يعبر به النهر وغيره مبنيًّا كان أو غير مبني، والفتح لغة.

قوله: وَيَسْتَوْثِقَ مِنْهُ، أي: يشد جانبي القنطرة من النهر.

مِنْهُ لَهُ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ مُقَنْطِرًا مُسْتَوْثِقًا فَأَرَادَ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ وَلا يَزِيدَ ذَلِكَ فِي أَخْذِ المَاءِ حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ وَضْعًا وَرَفْعًا، وَلا ضَرَرَ بِالشُّرَكَاءِ بِأَخْذِ زِيَادَةِ المَاءِ، وَيُمْنَعُ مِنْ أَنْ يُوَسِّعَ فَمَ النَّهْرِ؛ لِأَنَّهُ يَكْسِرُ ضِفَّةَ النَّهْرِ، وَيَزِيدُ عَلَى مِقْدَارِ حَقِّهِ فِي أَخْذِ المَاءِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتِ القِسْمَةُ بِالكُوَى، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهَا عَنْ فَمِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنْهُ لِاحْتِبَاسِ المَاءِ فِيهِ فَيَزْدَادُ دُخُولُ المَاءِ فِيهِ. بِخِلَافِ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُسْفِلَ كُوَاهُ أَوْ يَرْفَعَهَا حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ المَاءِ فِي الأَصْلِ بِاعْتِبَارِ سَعَةِ الكُوَّةِ وَضِيقِهَا مِنْ غَيْرِ

قوله: وَلا ضَرَرَ بِالشُّرَكَاءِ، الواو للحال؛ لأن الكلام فيه.

الكُوة: ثقب البيت، والجمع: كواء بالمد، وكوى أيضًا مقصورًا، مثل: بدرةٍ وبدرٍ، والكُوة بالضم لغة، ويجمع على كُوى، ويستعار الكوى لمفاتح الماء إلى المزارع والجداول، فيقال: كُوى النهر، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

الكوة: (مهدى آب وفوار).

وقوله: وَكَذَا إِذَا كَانَتِ القِسْمَةُ بِالكُوَى، - أي: لا يكون له أن يوسع الكوة - وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهَا، أي: الكوة.

قوله: فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنْهُ، أي: من فم النهر، وهذا التقدير اتفاقي، والعبرة للاحتباس.

وصورة هذا إذا كانت الألواح التي فيها الكوة في فم النهر، أراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُسْفِلَ كُوَاهُ - يعني: (مغ تر نهد)، يعني: أراد أن يضع الكوة أعمق عمَّا كانت وهي في ذلك الموضع - أَوْ يَرْفَعَهَا، يعنى: إلى وجه الأرض.

اعْتِبَارِ التَّسَفُّلِ وَالتَّرَفُّعِ وَهُوَ العَادَةُ فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ تَغْيِيرُ مَوْضِعِ القِسْمَةِ، وَلَوْ كَانَتِ القِسْمَةُ وَقَعَتْ بِالكُوَى فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُقَسِّمَ بِالأَيَّامِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ القَدِيمَ يُتْرَكُ عَلَى قِدَمِهِ لِظُهُورِ الحَقِّ فِيهِ. وَلَوْ كَانَ لِكُلٍّ مِنْهُمْ كُوًى مُسَمَّاةٌ فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَزِيدَ كُوَّةً وَإِنْ كَانَ لا يَضُرُّ بِأَهْلِهِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ خَاصَّةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الكُوَى فِي النَّهْرِ الأَعْظَمِ؛ لِأَنَّ لِكُلٍّ مِنْهُمْ أَنْ يَشُقَّ نَهْرًا مِنْهُ ابْتِدَاءً فَكَانَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي الكُوَى بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى.

(وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشُّرَكَاءِ فِي النَّهْرِ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَهُ أُخْرَى لَيْسَ لَهَا فِي ذَلِكَ

قوله: وَلَوْ كَانَتِ القِسْمَةُ وَقَعَتْ بِالكُوَى فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُقَسِّمَ بِالأَيَّامِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، أي: فيما إذا لم يرض الآخرون، على ما يجيء هذه المسألة بعينها بُعَيْد هذا.

قوله: وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كُوًى مُسَمَّاةٌ، أي: معدودة.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الكُوَى فِي النَّهْرِ الأَعْظَمِ، يعني: كدجلة والفرات.

قوله: إِذِ الأَرْضُ الأُولَى تُنَشِّفُ بَعْضَ المَاءِ، أي: تتشربه قبل أن يسقي الأخرى، وهذا الذي ذكره فيما إذا ملأ صاحب الأرضين أرضه التي لها حق الشرب، ثم فتح مسناتها وأجرى الماء إلى أرضه التي ليس لها حق الشرب وسقاها بالماء الذي ملأ أرضه الأولى.

وأمَّا إذا أجرى الماء من الأرض الأولى كما بلغ إلى الأخرى، فالتعليل فيه هو ما علل به في قسمة «المبسوط» قبيل باب قسمة الدور بالدراهم، وقال فيه: من كان له أرض بجنب نَهر مشترك شربها من ذلك النهر، أو اشترى بجنب أرضه أرضًا أخرى، وأراد أن يسقي الأرض الأخرى من هذا النهر بإجراء الماء في أرضه لم يكن له ذلك؛ لأنه يستوفي من الماء فوق حقه، فإن حقه في هذا النهر مقدار ما يسقي أرضه، فإذا سقى به أرضين فهو يستوفي أكثر من حقه فيمنع من ذلك.

شِرْبٌ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ حَقُّهُ (وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ فِي أَرْضِهِ الأُولَى حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى هَذِهِ الأَرْضِ الأُخْرَى)؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ؛ إِذِ الأَرْضُ الأُولَى تُنَشِّفُ بَعْضَ المَاءِ قَبْلَ أَنْ تُسْقَى الأَرْضُ الأُخْرَى، وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشْتَرَكٍ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ بَابًا إِلَى دَارٍ أُخْرَى سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يَفْتَحُهَا فِي هَذَا الطَّرِيقِ، وَلَوْ أَرَادَ الأَعْلَى مِنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي النَّهْرِ الخَاصِّ وَفِيهِ كُوًى بَيْنَهُمَا أَنْ يَسُدَّ بَعْضَهَا دَفْعًا لِفَيْضِ المَاءِ عَنْ أَرْضِهِ كَيْ لَا تَنِزَّ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالآخَرِ، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُقَسِّمَ الشِّرْبَ مُنَاصَفَةً بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ بِالكُوَى تَقَدَّمَتْ إِلَّا أَنْ يَتَرَاضَيَا؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا،

قوله: وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشْتَرَكٍ، فوجه النظرية بين الطريق والشرب هو أنه يزيد في الشرب ما ليس له منه في حق الشرب، ويزيد في الطريق من المارة من ليس له حق في المرور.

قوله: سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هَذِهِ الدَّارِ، وقيَّد به؛ لأنه لو كان ساكن الدارين واحدًا كان له أن يفتح بابًا إلى دار أخرى، ذكره في قسمة «المبسوط» قبيل باب قسمة الدور بالدراهم.

قوله: كَيْ لا تَنِزَّ، (تا زغار نشود).

قوله: لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالآخَرِ، وليس لأحد الشريكين أن يتصرف في المشترك على وجه يلحق الضرر بشريكه، ثم ضرر النزّ لا يلحق صاحب الأعلى بفعل صاحب الأسفل، بل تكون أرضه في أعلى النهر، وبمقابلة هذا الضرر له منفعة إذا قلَّ الماء، ولو سد بعض الكوى لَحِق صاحب الأسفل ضرر النقصان بفعل صاحب الأعلى، وهو ممنوع عن ذلك، كما لو أراد أن يسكر النهر.

قوله: وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُقَسِّمَ الشِّرْبَ مُنَاصَفَةً بَيْنَهُمَا، أي: ليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى، وهو أن يقول لشريكه: اجعل لي نصف النهر ولك نصفه، فإذا كان

وَبَعْضُ التَّرَاضِي لِصَاحِبِ الأَسْفَلِ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ. وَكَذَا لِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ؛ لِأَنَّهُ إِعَارَةُ الشِّرْبِ، فَإِنَّ مُبَادَلَةَ الشِّرْبِ بِالشِّرْبِ بَاطِلَةٌ، وَالشِّرْبُ مِمَّا يُورَثُ وَيُوصَى بِالِانْتِفَاعِ بِعَيْنِهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ وَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَالوَصِيَّةِ بِذَلِكَ حَيْثُ لا تَجُوزُ

في حصتي سددتُ ما بدا لي منها وأنتَ في حصتك فتحتها كلها، فليس له ذلك؛ لأن القسمة قد تمَّت بينهما مرَّة بالكوى فلا يكون لأحدهما أن يطالب بقسمة أخرى، وفي القسمة الأولى الانتفاع بالماء يستدام، وفيما يطالب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء في بعض المدة، ورُبَّما يضر ذلك بصاحب السفل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَبَعْضُ التَّرَاضِي لِصَاحِبِ الأَسْفَلِ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ، يعني: أقاما على هذا التراضي زمانًا ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض فله ذلك؛ لأن كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب في نوبته من النهر، وللمعير أن يرجع متى شاء؛ وهذا لأنه لا يمكن أن يجعل ما تراضيا عليه مبادلةً، فإن بيع الشرب بالشرب وإجارة الشرب بالشرب باطل.

قوله: وَالشِّرْبُ مِمَّا يُورَثُ وَيُوصَى بِالِانْتِفَاعِ بِعَيْنِهِ، قيِّد بالإيصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازًا عن الإيصاء ببيع الشرب، فإن ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب.

فإن قلتَ: لمَّا كان الشرب لا يملك بالبيع والهبة والصدقة وهي أسباب الملك كيف يملك بالإرث؟ وهو أيضًا سبب الملك كهذه الأشياء، وما الفرق بينهما؟

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في أملاكه وحقوقه، وإنما لا يجوز بيعه وهبته للغرور والجهالة، وهما لا يمنعان قيام الإنسان لغيره فيما ذكرنا، ولا يلزم من عدم جواز البيع والهبة والصدقة عدم جواز الإرث، ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالإرث وإن لم يملك بالبيع ونحوه، فكذلك الشرب، وكذلك الوصية بالانتفاع بالشرب جائز كالإرث؛ لأن الوصية أخت الميراث، غاية ما في الباب أن في الشرب معنى الغرور والجهالة، أو لعدم الملك فيه في الحال، والوصية بِهذا السبب لا تبطل، ألا ترى أن الوصية بما يثمره نخيله العام يصح، فكذلك الوصية بالشرب، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالوَصِيَّةِ بِذَلِكَ، أي: بخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته، فإن ذلك

الْعُقُودُ إِمَّا لِلْجَهَالَةِ أَوْ لِلْغَرَرِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوَّمٌ حَتَّى لا يَضْمَنَ إِذَا سَقَى مِنْ شِرْبِ غَيْرِهِ، وَإِذَا بَطَلَتِ الْعُقُودُ فَالْوَصِيَّةُ بِالْبَاطِلِ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا لا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ حَتَّى يَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلا فِي الْخُلْعِ حَتَّى يَجِبَ رَدُّ مَا قَبَضَتْ مِنَ الصَّدَاقِ لِتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ. وَلا يَصْلُحُ بَدَلُ الصُّلْحِ عَنِ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُ لا يُمْلَكُ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُقُودِ. وَلا يُبَاعُ الشِّرْبُ فِي دَيْنِ صَاحِبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِدُونِ أَرْضٍ كَمَا فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَكَيْفَ يَصْنَعُ الإِمَامُ؟ الأَصَحُّ أَنْ يَضُمَّهُ إِلَى أَرْضٍ لا شِرْبَ لَهَا فَيَبِيعَهَا

لا يصح كما لا يصح بيعه وهبته.

قوله: وَكَذَا لا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ، يعني: إذا تزوج الرجل المرأة على شرب بغير أرض فالنكاح جائز، وليس لها من الشرب شيءٌ؛ لأن الشرب بدون الأرض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة.

قوله: وَلا فِي الْخُلْعِ، يعني: لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير أرض كان باطلًا، لا يكون له من الشرب شيءٌ، ولكن الخلع صحيح وعليها أن ترد المهر الذي أخذت؛ لأنَّها أطمعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه فتصير غارة بِهذه التسمية، والغرور في الخلع يلزمها رَدُّ مَا قَبَضَتْ، كما لو اختلعت على ما ببيتها من المتاع فإذا ليس في بيتها شيءٌ.

قوله: وَلا يَصْلُحُ بَدَلُ الصُّلْحِ عَنِ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُ لا يُمْلَكُ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُقُودِ، وقد بيَّنا أن ما لا يستحق من العقود فالصلح عليه باطل، فصاحب الدعوى على دعواه وإن كان الصلح عليه من قصاص في نفس أو فيما دونها، فالصلح باطل وجاز العفو، وعلى القاتل الدية وأرش الجراحة؛ لأن الصلح من القود على شيءٍ نظير الخلع، هذا كله من «المبسوط».

وقوله: الأَصَحُّ، احتراز عما قال بعضهم فيمن ماتَ هو صاحب الشرب وعليه دين لم يبع في دينه، إلا أن يكون معه أرض فيباع مع الأرض؛ لأن بيع الشرب بدون الأرض لا يجوز حيًّا وميتًا، فتكلم مشايخنا رحمهم الله في أن الإمام ماذا يصنع بِهذا الشرب؟

بِإِذْنِ صَاحِبِهَا، ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى قِيمَةِ الأَرْضِ مَعَ الشِّرْبِ وَبِدُونِهِ فَيَصْرِفُ التَّفَاوُتَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ ذَلِكَ اشْتَرَى عَلَى تَرِكَةِ المَيِّتِ أَرْضًا بِغَيْرِ شِرْبٍ، ثُمَّ ضَمَّ الشِّرْبَ إِلَيْهَا وَبَاعَهُمَا فَيَصْرِفُ مِنَ الثَّمَنِ إِلَى ثَمَنِ الأَرْضِ وَيَصْرِفُ الفَاضِلَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ.

فمنهم من يقول: يتخذ حوضًا ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة، ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين.

قال رحمه الله: والأصح عندي أنه ينظر صاحب أرض ليس له شرب فيضم ذلك إلى أرضه ويبيعها برضاه، ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب ومع الشرب، فيجعل تفاوت ما بينهما من الثمن مصروفًا إلى قضاء دين الميت، وما وراء ذلك لصاحب الأرض.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَجِدْ ذَلِكَ، إلى آخره كما ذكر في الكتاب، كذا في «المبسوط».

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «مبسوطه» في بيع الشرب في دين صاحبه، فقال: والسبيل في ذلك أن يقال للمقومين: أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بلا أرضٍ بكم كان يشتري هذا الشرب، وهو نظير ما قال بعض أئمة بلخ رحمهم الله: أنه إذا زنا بامرأة بشبهةٍ ينظر بكم كانت تستأجر على الزنا؟ لو كان الاستئجار عليه جائزًا فيجعل ذلك عقرها.

وهذا كما قالوا أيضًا في المدبر: أن السبيل في معرفة قيمته أن يقال للمقومين: بكم يشترى؟ على أن يكون المشتري أحق بمنافعه دون رقبته على أن يعتق بموت المولى.

وقال أكثر مشايخنا رحمهم الله: بضم هذا الشرب إلى جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب، فينظر بكم يشترى مع الشرب، وبكم يشترى بدون الشرب، فيكون فصل ما بينهما قيمة الشرب.

وفي «الصحاح»: يقال: مخرتُ الأرض، أي: أرسلتُ فيها الماء.

وفي «الذخيرة» حاكيًا عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: تأويل ما قاله محمد رحمه الله:

(وَإِذَا سَقَى الرَّجُلُ أَرْضَهُ أَوْ مَخَرَهَا مَاءً) أَيْ مَلأَهَا (فَسَالَ مِنْ مَائِهَا فِي أَرْضِ رَجُلٍ فَغَرَّقَهَا أَوْ نَزَّتْ أَرْضُ جَارِهِ مِنْ هَذَا المَاءِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانُهَا)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

بأنه لا يضمن فيما إذا سقى أرضه سقيًا يسقى مثله في العادة، وأمَّا إذا سقى أرضه سقيًا لا يسقى مثله في العرف يضمن، وهو نظير ما لو أوقد نارًا واحترق دار جاره، إن أوقد نارًا يوقد مثله في الدور عرفـًا لا يضمن، وإن كان بخلافه ضمن، وكذلك إذا نزت أرض جاره على هذا التفصيل أيضًا.

وكان الشيخ إسماعيل الزاهد رحمه الله يقول: إذا سقى أرض نفسه سقيًا معتادًا وتعدى إلى أرض غيره، إنما لا يضمن إذا كان محقًّا في السقي بأن سقى في نوبته مقدار حقه، وأمَّا إذا سقى في غير نوبته أو في نوبته زيادةً على حقه يضمن.

وقيل: إذا سقى أرضه سقيـًا معتادًا و تعدي إلى أرض جاره وهو يرى ولا يخبر جاره يضمن، ذكره البقالي.

وقيل أيضًا: إذا سقي أرض نفسه سقيًا معتادًا وتعدى إلى أرض جاره، إن كان الجار قد تقدم إليه بالأحكام فلم يفعل ضمن استحسانـًا، كما في الحائط المائل إذا تقدم إلى صاحب الحائط، وإن لم يتقدم إليه بذلك حتى تعدى فلا ضمان عليه، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ الأَشْرِبَةِ)

كتــاب الأشربة

أوْرَد الأشربة بعد الشرب؛ لأنَّهما شعبتا عرفٍ واحدٍ لفظًا ومعنًى، فلذلك أورد هكذا في عامة الكتب من «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«المغني»، و«التحفة»، و«القدوري»، إلا أنه قدم الشرب على الأشربة؛ إمَّا لأن الشرب في بيان أحكام الشراب الحلال، والأشربة في بيان أحكام الحرام؛ أو لأن ذكر الشرب كان في تبعية ذكر إحياء الموات، وهذه في أحكام الأشربة التي هي سبب لإماتة العقل فالحياة قبل الموت.

ثم محاسن الأشربة ظاهرة، فإن المقصود من ذكر الأشربة بيان حرمتها لمعنًى أنَّها مزيلة للعقل، ولا شبهة لأحد في حسن تحريم ما يزيل العقل خصوصًا في حق هذه الأمة، فإن العلماء استنبطوا من كتاب الله تعالى ينابيع الحكم، وكشفوا عن دقائقها غمة الظلم، فكانوا إلى عقولهم أحوج من غيرهم.

فإن قيل: هلا حرمت الخمر على الخلق أجمع؛ إذ كل يحتاج إلى الاستدلال، ولا يتهيأ ذلك إلا بالعقل؟

قلنا: إن الأمم الماضية كانت أعمارهم طويلة، وأبدانهم جسيمة، فكانت تحتمل آفة الشراب ولا يتسارع إليهم السكر، فكان في الحل صلاحهم من تقوية الأبدان وبقاء العقول، وأمَّا هذه الأمة فقصيرة الأعمار، ضعيفة الأفكار، يتسارع إليهم السكر بشرب شيءٍ منه، فحرم القليل لئلا يدعو شرب القليل إلى شرب الكثير، فلذلك كان صلاحهم في حرمة الخمر.

فإن قيل: هلا حرمت الخمر في ابتداء الإسلام مع وجود هذه الحكمة؟

سُمِّيَ بِهَا وَهِيَ جَمْعُ شَرَابٍ لِمَا فِيهِ مِنْ بَيَانِ حُكْمِهَا.

قَالَ: (الأَشْرِبَةُ المُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الخَمْرُ وَهِيَ عَصِيرُ العِنَبِ إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ، وَالعَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّى يَذْهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ) وَهُوَ الطِّلَاءُ المَذْكُورُ

قلنا: أباح في ابتداء الإسلام ليعاينوا الفساد في الخمر، حتى إذا حرم عليهم، عرفوا مِنَّة الحق لديهم، وليس الخبر كالمعاينة، رُوي: «أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد شربوا في بعض الأوقات، فنزل بِهم من البغضاء والآفات، حتى تضرع عُمر رضي الله عنه بالدعوات، ليلحق الخمر بالمحرمات، فأجاب الله تعالى دعاءه، وأشاع في الخلق بَهجته وبَهاءه».

ثم يحتاج هاهُنا إلى معرفة الشراب لغةً وشرعًا، وإلى معرفة الأصول التي يتخذ منها الأشربة، وإلى معرفة الخمر ومعرفة ما سواها من الأشربة.

فالشراب لغةً: اسم لما يشرب، سواء كان حلالًا أو حرامًا.

وأمَّا في استعمال أهل الشرع فاسم الشراب يقع على ما حرم منه.

وأمَّا الأصول التي يتخذ منها الأشربة: فالعنب، والزبيب، والتمر، والحبوب: كالحنطة، والشعير، والذرة، والدخن، والفواكه: كالإجاص، والفرصاد، والشهد، والفانيد، والألبان.

أمَّا العنب فالمتخذ منه خمسة: الخمر، والباذق، والمنصف، والمثلث، والبُخْتج.

والمتخذ من الزبيب شيئان: نقيع، ونبيذ.

والمتخذ من التمر ثلاثة: السكر، والفضيخ، والنبيذ.

والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيءٌ واحد حكمًا وإن اختلفا اسمًا، من البتع لنبيذ العسل، والجعة لنبيذ الشعير، والمزر لنبيذ الذرة، ذكرها الإمام قاضي خان، والتمرتاشي رحمهما الله وغيرهما، فينتهي إلى أحد عشر اسمًا، وأكثر أسماء هذه الأشربة وأحكامها مذكورة في الكتاب.

قوله: إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ، المراد: بالاشتداد كونه صالحًا للإسكار.

الطِّلَاءُ: كل ما يطلى به من قطران أو نحوه، ويقال لكل ما خثر من الأشربة طلاء على التشبيه،

فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَنَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السَّكَرُ، وَنَقِيعُ الزَّبِيبِ إِذَا اشْتَدَّ وَغَلَى) أَمَّا الخَمْرُ فَالكَلَامُ فِيهَا فِي عَشَرَةِ مَوَاضِعَ: أَحَدُهَا فِي بَيَانِ مَائِيَّتِهَا وَهِيَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ العِنَبِ إِذَا صَارَ مُسْكِرًا وَهَذَا عِنْدَنَا وَهُوَ المَعْرُوفُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ وَأَهْلِ العِلْمِ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: هُوَ اسْمٌ لِكُلِّ مُسْكِرٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ» : وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ» وَأَشَارَ إِلَى الكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ؛ وَلِأَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْ مُخَامَرَةِ العَقْلِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي كُلِّ مُسْكِرٍ.

وَلَنَا أَنَّهُ اسْمٌ خَاصٌّ بِإِطْبَاقِ أَهْلِ اللُّغَةِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَلِهَذَا اُشْتُهِرَ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ غَيْرُهُ، وَلِأَنَّ حُرْمَةَ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ وَهِيَ فِي غَيْرِهَا ظَنِّيَّةٌ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمْرًا لِتَخَمُّرِهِ لَا لِمُخَامَرَتِهِ العَقْلَ، عَلَى أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَا يُنَافِي كَوْنَ الِاسْمِ خَاصًّا فِيهِ فَإِنَّ

حتى سُمّي به المثلث، كذا في «المغرب».

وذكر في «تاج الأسامي»: الطِّلَاءُ: (شرابى كه دو بَهره او رفته باشد).

قوله: وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ، وهو مالك والشافعي رحمهما الله.

قوله: وَفِي غَيْرِهِ غَيْرُهُ، أي: واشتهر في غير النيء من ماء العنب إذا صار مسكرًا غير لفظ الخمر كالمثلث، والطلاء، والباذق، والمنصف.

قوله: وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمْرًا لِتَخَمُّرِهِ - أي: لصيرورته خمرًا - لا لِمُخَامَرَتِهِ العَقْلَ، - أي: لا لستره العقل - عَلَى أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لا يُنَافِي كَوْنَ الِاسْمِ خَاصًّا فِيهِ، يعني: هب أن الخمر إنما سُمِّيت خمرًا لمعنى مخامرة العقل، فذلك لا يدل على أن كل ما يخامر العقل يسمى خمرًا، ألا ترى أن الفرس الذي يكون أحد شقيه أبيض والآخر أسود يسمى أبلق، ثم الثوب الذي يجتمع فيه السواد والبياض لا يسمى بِهذا الاسم، وكذلك النجم يسمى نجمًا لظهوره، قالوا: نجمَ، أي: ظهرَ، ثم لا يدل ذلك على أن كل ما يظهر يسمى نجمًا.

النَّجْمَ مُشْتَقٌّ مِنَ النُّجُومِ وَهُوَ الظُّهُورُ، ثُمَّ هُوَ اسْمٌ خَاصٌّ لِلنَّجْمِ الْمَعْرُوفِ لَا لِكُلِّ مَا ظَهَرَ، وَهَذَا كَثِيرُ النَّظِيرِ وَالْحَدِيثُ الْأَوَّلُ طَعَنَ فِيهِ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالثَّانِي أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الْحُكْمِ؛ إِذْ هُوَ اللَّائِقُ بِمَنْصِبِ الرِّسَالَةِ وَالثَّانِي فِي حَقِّ ثُبُوتِ هَذَا الِاسْمِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا إِذَا اشْتَدَّ صَارَ خَمْرًا، وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَذْفُ بِالزَّبَدِ؛ لِأَنَّ الِاسْمَ يَثْبُتُ بِهِ، وَكَذَا الْمَعْنَى الْمُحَرَّمُ وَهُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي الْفَسَادِ بِالِاشْتِدَادِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ

وإمامنا فيما ذكرنا من إباحة شرب المثلث عُمر رضي الله عنه، فروى جابر بن الحصين الأسدي: «أن عمَّار بن ياسر أتاه بكتاب عُمر يأمره أن يتخذ للناس الشراب من المثلث لاستمراءِ الطعام، وكان عمَّار بن ياسر يقول: لا أدع شربها بعدما رأيتُ عمر يشربها ويسقيها الناس»، وقد كان عُمر رضي الله عنه هو الذي سأل تحريم الخمر فلا يظن به أنه كان يشرب أو يسقي الناس ما تناوله نص التحريم بوجهٍ.

ولا يجوز أن يقال: إنما كان يشرب الحلو منه دون المسكر، بدليل قوله: وقد ذهب بالطبخ نصيب الشيطان؛ لأنا نقول: هذا لا يصح؛ لأنه كان يشرب ذلك لاستمراء الطعام، وإنما يحصل هذا المقصود بالمشتد عنه دون الحلو.

قوله: وَهَذَا كَثِيرُ النَّظِيرِ، كالقارورة، والجرجير، والأبلق.

قوله: وَالثَّانِي أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الْحُكْمِ، أي: المراد من الحديث الثاني وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ».

وذكر في «شرح الأقطع»: ولو ثبت الحديث لم يكن فيه دليل؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلَّم لا يعلمنا الأسامي وإنما يعلمنا الأحكام، فكأنه قال: ما أسكر كثيره فحكمه حكم الخمر في الحرمة، وكذلك معنى قوله: إنه قال: الخمر من كذا.

قوله: وَالثَّانِي، أي: الثاني من تعداد العشرة.

الغَلَيَانَ بِدَايَةُ الشِّدَّةِ، وَكَمَالُهَا بِقَذْفِ بِالزَّبَدِ وَسُكُونِهِ؛ إِذْ بِهِ يَتَمَيَّزُ الصَّافِي مِنَ الكَدِرِ، وَأَحْكَامُ الشَّرْعِ قَطْعِيَّةٌ فَتُنَاطُ بِالنِّهَايَةِ كَالحَدِّ وَإِكْفَارِ المُسْتَحِلِّ وَحُرْمَةِ البَيْعِ، وَقِيلَ يُؤْخَذُ فِي حُرْمَةِ الشُّرْبِ بِمُجَرَّدِ الِاشْتِدَادِ احْتِيَاطًا. وَالثَّالِثُ أَنَّ عَيْنَهَا حَرَامٌ غَيْرُ مَعْلُولٍ بِالسُّكْرِ وَلَا مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ، وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَنْكَرَ حُرْمَةَ عَيْنِهَا، وَقَالَ: إِنَّ السُّكْرَ مِنْهَا حَرَامٌ؛ لِأَنَّ بِهِ يَحْصُلُ الفَسَادُ وَهُوَ الصَّدُّ عَنْ ذِكْرِ اللهِ، وَهَذَا كُفْرٌ؛

قوله: وَكَمَالُهَا بِقَذْفٍ بِالزَّبَدِ؛ لأن السكون صفة العصير، وما بقي أثر من آثار الأصل كان الحكم له، ألا ترى أن مع بقاء واحدٍ من أصحاب الخطة في المحلة لا يعتبر السكان، ثم حكم الحرمة والحدَّ لا يمكن إثباته بالرأي ولكن طريق معرفته النص، والنص إنما وردَ بتحريم الخمر والخمر مغايرة للعصير، ولا تتم المغايرة مع بقاء شيءٍ من آثار العصير، وقد كان حكم الخل ثابتًا فيه، وما عرف ثبوته بيقين لا يزال إلا بيقين مثله، وذلك بعد الغليان والقذف بالزبد، والأصل في الحدود اعتبار نِهاية الكمال في سببها، كحد الزنا والسرقة لا يجب إلا بعد كمال الفعل اسمًا وصورةً ومعنًى من كل وجهٍ؛ لما في النقصان من شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات؛ ولأن تمام تبدل الحالة الأولى بذهاب الغليان، فإنه يسكن متى ذهبت طبيعة حال الحلاوة، ولمَّا كان التمام به كان ناقصًا قبله، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَقِيلَ يُؤْخَذُ فِي حُرْمَةِ الشُّرْبِ بِمُجَرَّدِ الِاشْتِدَادِ احْتِيَاطًا، وفي الحد بقذف الزبد احتياطًا أيضًا.

قوله: وَالثَّالِثُ أَنَّ عَيْنَهَا نَجَسٌ، وفي نسخة: أَنَّ عَيْنَهَا حَرَامٌ، أي: غير موقوف نجاستها أو حرمتها إلى شيءٍ آخر من السكر وغيره كما في سائر الأشربة، فلذلك صار قليلها وكثيرها نجسًا حرامًا.

قوله: غَيْرُ مَعْلُولٍ بِالسُّكْرِ، أي: الحرمة والنجاسة غير موقوفة على السكر.

قوله: وَهَذَا كُفْرٌ، أي: الإنكار لحرمة عينها كفر من المنكر، وإن كان قائلًا بحرمة

لِأَنَّهُ جُحُودُ الكِتَابِ فَإِنَّهُ تَعَالَى سَمَّاهُ رِجْسًا،

السكر منه.

قالوا: وهذا القول باطل مخالف للكتاب والسنة والإجماع، فكان كفرًا منه.

أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] إلى قوله: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ۝﴾ [المائدة: ٩١]، ففيه دليل على حرمتها من اثني عشر وجهًا، على ما هو المذكور في «التيسير»، و«الكشاف».

وسبب نزول هذه الآية سُؤال عمر رضي الله عنه على ما رُوي: «أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: الخمر مَهْلَكة للمال مَذْهَبة للعقل فادع الله أن يبينها لنا، فجعل يقول: اللّهم بيِّن لنا في الخمر بيانًا شافيًا، فنزل قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾ [البقرة: ٢١٩]، فامتنع منها بعض الناس، وقال بعضهم: نصيب من منافعها وندع المأثم فيها، فيقول عمر: اللّهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣]، فامتنع بعضهم وقالوا: لا خير لنا فيما يمنعنا من الصلاة، وقال بعضهم: بل نصيب منها في غير وقت الصلاة، قال عمر رضي الله عنه: زدنا في البيان فنزل قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] إلى قوله: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ۝﴾ [المائدة: ٩١] فقال عُمر: انتهينا ربنا».

ثم إنه رجسٌ، والرجس ما هو محرم العين، وإنه من عمل الشيطان، يعني: أن من لا ينتهي منه متابع للشيطان، مجانبٌ لما فيه رضا الرحمن، وفي قوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ۝﴾ [المائدة: ٩١] أبلغ ما يكون من الأمر بالاجتناب عنه.

وأمَّا السنة: فهي ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لعن الله في الخمر عشرًا» الحديث، وذلك دليل نِهاية التحريم.

وقال صلى الله عليه وسلم: «شارب الخمر كعابد الوثن».

وقال صلى الله عليه وسلم: «الخمر أم الخبائث».

وَالرِّجْسُ مَا هُوَ مُحَرَّمُ العَيْنِ، وَقَدْ جَاءَتِ السُّنَّةُ مُتَوَاتِرَةً «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حَرَّمَ الخَمْرَ»؛ وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ؛ وَلِأَنَّ قَلِيلَهُ يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ وَهَذَا مِنْ خَوَاصِّ الخَمْرِ، وَلِهَذَا تَزْدَادُ لِشَارِبِهِ اللَّذَّةُ بِالِاسْتِكْثَارِ مِنْهُ، بِخِلَافِ سَائِرِ المَطْعُومَاتِ ثُمَّ هُوَ غَيْرُ مَعْلُولٍ عِنْدَنَا حَتَّى لا يَتَعَدَّى حُكْمُهُ إِلَى سَائِرِ المُسْكِرَاتِ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُعَدِّيهِ إِلَيْهَا، وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ السُّنَّةِ المَشْهُورَةِ

وقال صلى الله عليه وسلم: «إذا وضع الرجل قدحًا من خمر على يده لعنته ملائكة السموات والأرض، فإن شربها لم تقبل صلاته أربعين ليلةً، فإن داومَ عليها فهو كعابد الوثن».

والأمَّة أجمعت على تحريمها، وكفى بإجماع الأمة حجةً، وهذه حرمة قويَّة بأنه يكفر مستحلها، ويفسق شاربها، كذا في «المبسوط» وغيره.

قوله: وَالرِّجْسُ مَا هُوَ مُحَرَّمُ العَيْنِ، قال الله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، والخنزير ولحمه محرم العين بالإجماع، فكذا هاهُنا.

قوله: وَهَذَا مِنْ خَوَاصِّ الخَمْرِ، أي: دعوة قليله إلى كثيره من خواص الخمر.

وفي «المبسوط»: ما من طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء، ولا يزيد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر، فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها، ولهذا يزداد حرصه على شربها إذا أصاب منها شيء، فكان القليل منها داعيًا إلى الكثير فيكون محرمًا كالكثير، ألا ترى أن الزنا لمَّا حرم شرعًا حرم دواعيه أيضًا، وأن المشي على قصد المعصية معصية.

قوله: لِأَنَّهُ خِلَافُ السُّنَّةِ المَشْهُورَةِ، وهي قوله صلى الله عليه وسلم: «حرمت الخمر لعينها، والسكر من كل شراب»، لمَّا كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية حكمها إلى غيرها؛ لأن التعليل حينئذٍ يكون مخالفًا للنص.

وذكر في «المبسوط»: فأقوى ما يستدل به على عدم جواز تعدية علة المخامرة من الخمر إلى المثلث وغيره قول رسول الله صلى الله عليه سلم: «حرمت الخمر لعينها، والسكر

وَتَعْلِيلُهُ لِتَعْدِيَةِ الِاسْمِ، وَالتَّعْلِيلُ فِي الْأَحْكَامِ لَا فِي الْأَسْمَاءِ، وَالرَّابِعُ أَنَّهَا نَجِسَةٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً كَالْبَوْلِ لِثُبُوتِهَا بِالدَّلَائِلِ الْقَطْعِيَّةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَالْخَامِسُ أَنَّهُ يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّهَا لِإِنْكَارِهِ الدَّلِيلَ الْقَطْعِيَّ.

وَالسَّادِسُ سُقُوطُ تَقَوُّمِهَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ حَتَّى لَا يَضْمَنَ مُتْلِفُهَا وَغَاصِبُهَا وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى لَمَّا نَجَّسَهَا فَقَدْ أَهَانَهَا وَالتَّقَوُّمُ يُشْعِرُ بِعِزَّتِهَا وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا» وَاخْتَلَفُوا فِي سُقُوطِ مَالِيَّتِهَا وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مَالٌ؛ لِأَنَّ الطِّبَاعَ تَمِيلُ إِلَيْهَا وَتَضِنُّ بِهَا وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى مُسْلِمٍ دَيْنٌ فَأَوْفَاهُ ثَمَنَ خَمْرٍ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَلَا لِلْمَدْيُونِ أَنْ يُؤَدِّيَهُ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنُ بَيْعٍ بَاطِلٍ وَهُوَ غَصْبٌ فِي يَدِهِ أَوْ أَمَانَةٌ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ كَمَا فِي بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى ذِمِّيٍّ فَإِنَّهُ يُؤَدِّيهِ مِنْ ثَمَنِ الْخَمْرِ، وَالْمُسْلِمُ الطَّالِبُ يَسْتَوْفِيهِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ جَائِزٌ.

وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ الِانْتِفَاعِ بِهَا؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالنَّجِسِ حَرَامٌ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الِاجْتِنَابِ

من كل شراب»، وبهذا يتبين أن اسم الخمر لا يتناول سائر الأشربة حقيقة؛ لأن عطف الشيء على نفسه لا يليق بحكمة الحكيم.

قوله: وَالسَّادِسُ سُقُوطُ تَقَوُّمِهَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ حَتَّى لَا يَضْمَنَ مُتْلِفُهَا، ثم هل يباح الإتلاف؟

قال الشيخ الإمام مجد الأئمة السرخكتي رحمه الله: والصحيح أنه لا يباح الإتلاف إلا لغرض صحيح، بأن كانت عند الشريب يشربها غالبًا لو تركت عنده، حتى لو كانت عند صالح لا يباح الإتلاف، فإنَّها مملوكة له، وفي بقائها فائدة وهي التخليل، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ الِانْتِفَاعِ بِهَا، كسقي الدواب، والتداوي بها بالاحتقان، والإقطار

وَفِي الِانْتِفَاعِ بِهِ اقْتِرَابٌ، وَالثَّامِنُ أَنْ يُحَدَّ شَارِبُهَا وَإِنْ لَمْ يَسْكَرْ مِنْهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ»، إِلَّا أَنَّ حُكْمَ القَتْلِ قَدِ انْتَسَخَ فَبَقِيَ الجَلْدُ مَشْرُوعًا، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَتَقْدِيرُهُ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ، وَالتَّاسِعُ أَنَّ الطَّبْخَ لا يُؤَثِّرُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لِلْمَنْعِ مِنْ ثُبُوتِ الحُرْمَةِ لا لِرَفْعِهَا بَعْدَ ثُبُوتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ لا يُحَدُّ فِيهِ مَا لَمْ يَسْكَرْ مِنْهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ الحَدَّ بِالقَلِيلِ فِي النِّيءِ خَاصَّةً، لِمَا ذَكَرْنَا وَهَذَا قَدْ طُبِخَ، وَالعَاشِرُ جَوَازُ تَخْلِيلِهَا وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَسَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، هَذَا هُوَ الكَلَامُ فِي الخَمْرِ.

وَأَمَّا العَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّى يَذْهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ وَهُوَ المَطْبُوخُ أَدْنَى طَبْخَةٍ وَيُسَمَّى البَاذَقَ وَالمُنَصَّفَ وَهُوَ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ فَكُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ عِنْدَنَا إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ أَوْ إِذَا اشْتَدَّ عَلَى الِاخْتِلَافِ، وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: إِنَّهُ مُبَاحٌ، وَهُوَ

في الإحليل، كذا في «الأوضح».

قوله: إِلَّا أَنَّ حُكْمَ القَتْلِ قَدِ انْتَسَخَ، بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل دم امرئٍ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث».

قوله: وَالتَّاسِعُ أَنَّ الطَّبْخَ لا يُؤَثِّرُ فِيهَا، أي: طبخ الخمر بعدما صارت خمرًا.

البَاذَق: من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدًا، وقول من قال: معناه أنَّها كلمة فارسية عربت فلم يعرفها النبي صلى الله عليه وسلم، أو أنه شيء لم يكن في أيَّامه وإنما أحدث بعده ضعيف، كذا في «المغرب».

وقيل: هو تعريب بادَهْ، وهو الخمر، كذا في «الفائق».

قوله: فَكُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ عِنْدَنَا إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ - أي: عند أبي حنيفة رحمه

قَوْلُ بَعْضِ المُعْتَزِلَةِ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَيِّبٌ وَلَيْسَ بِخَمْرٍ.

وَلَنَا أَنَّهُ رَقِيقٌ مُلِذٌّ مُطْرِبٌ وَلِهَذَا يَجْتَمِعُ عَلَيْهِ الفُسَّاقُ فَيَحْرُمُ شُرْبُهُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ المُتَعَلِّقِ بِهِ، وَأَمَّا نَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السُّكْرُ وَهُوَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ التَّمْرِ: أَيِ الرُّطَبِ فَهُوَ حَرَامٌ مَكْرُوهٌ، وَقَالَ شَرِيكُ بْنُ عَبْدِ اللهِ: إِنَّهُ مُبَاحٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧] أُمْتُنَّ عَلَيْنَا بِهِ، وَهُوَ بِالمُحَرَّمِ لا يَتَحَقَّقُ، وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ

الله - أَوْ إِذَا اشْتَدَّ، أي: عندهما، أمَّا إذا كان حلوًا يحل شربه بالاتفاق، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ المُعْتَزِلَةِ، وقول بشر المريسي، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَأَمَّا نَقِيعُ التَّمْرِ، فهو أن ينقع التمر في الماء ويترك أيَّاماً حتى يستخرج الماء حلاوته، فمادام حلوًا يحل شربه.

قوله: وَهُوَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ التَّمْرِ، أي: الرطب، وإنما فسَّر بالرطب هاهُنا لما أن الشراب المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر، فهو حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما يجيء في **قوله:** وَقَالَ فِي المُخْتَصَرِ: وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ، إلى آخره، وهذا السكر حرام مكروه.

وقوله: حَرَامٌ مَكْرُوهٌ، أي: في حرمته نوع ضعف؛ لما أن حرمته ليست كحرمة الخمر فلذلك أردف الحرمة بالكراهة؛ وذلك لأن حرمة السكر اجتهادية وحرمة الخمر بالإجماع قطعيَّة، فموضع الإجماع غير موضع الخلاف، وأجمعت الأمة على تكفير مستحل الخمر، وأجمعوا على أن مستحل غير الخمر لا يكفر فعُلِم بهذا أن حرمة السكر دون حرمة الخمر.

قوله: وَهُوَ بِالمُحَرَّمِ لا يَتَحَقَّقُ، أي: الامتنان بالمحرم لا يتحقق.

قوله: وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «الخمر من هاتين

عَلَى الِابْتِدَاءِ إِذْ كَانَتِ الأَشْرِبَةُ مُبَاحَةً كُلُّهَا، وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ التَّوْبِيخَ، مَعْنَاهُ وَاللهُ أَعْلَمُ: تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَتَدَعُونَ رِزْقًا حَسَنًا، وَأَمَّا نَقِيعُ الزَّبِيبِ وَهُوَ النِّيْءُ مِنْ مَاءِ الزَّبِيبِ فَهُوَ حَرَامٌ إِذَا اشْتَدَّ وَغَلَى وَيَتَأَتَّى فِيهِ خِلَافُ الأَوْزَاعِيِّ،

الشجرتين، وأشار إلى الكرمة والنخلة».

قوله: وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الِابْتِدَاءِ، هذا على تقدير أن يكون المراد من قوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧] الامتنان، كما قال الخصم.

قوله: وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ التَّوْبِيخَ، يعني: لا الامتنان، أي: أنتم بسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حراما وتتركون منه رزقًا حسنًا.

وقال الإمام المحبوبي ناقلًا عن علَم الهدى أبي منصور رحمهما الله: مَعْنَاهُ وَاللهُ أَعْلَمُ: تَتَّخِذُونَ من الحلال الخالص ما هو حرام، وهو كقوله تعالى: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا﴾ [يونس: ٥٩] الآية.

وحاصل ذلك فيما ذكره في «الذخيرة»، وقال في الفصل الثاني من أشربته: وما يتخذ الشراب من التمر فأنواع ثلاثة: السكر، والفضيخ، والنبيذ.

أمَّا السكر: فهو الذي من ماء الرطب، وإنه حلال ما دام حلوًا، وإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزبد فهو حرام عندنا، ومن الناس من أباحه، والصحيح مذهبنا؛ لما رُوي عن عُمر رضي الله عنه أنه سُئل عن السكر، قال: هي الخمر ليس لها كنية، وكذلك كان علي رضي الله عنه يشدد في تحريم السكر.

وأمَّا الفضيخ: فهو النيء من ماء البسر المذنب، وهذا الاسم مشتق من الفضخ وهو الكسر، فالبسر المذنب يكسر ويجعل في جب ويصبُّ عليه الماء الحار لتخرج حلاوته، فيسمى ذلك فضيخًا لكونه مستخرجًا من البسر المفضوخ، وإنه حلال ما دام حلوًا، وإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزبد فهو حرام عندنا، ولكن ليست حرمة السكر والفضيخ نظير حرمة الخمر، فإن عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز بيع السكر ولا يجب الحد بشرب القليل منه، وإذا أصابَ

وَقَدْ بَيَّنَّا المَعْنَى مِنْ قَبْلُ، إِلَى أَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الأَشْرِبَةِ دُونَ حُرْمَةِ الخَمْرِ حَتَّى لا يَكْفُرَ مُسْتَحِلُّهَا، وَيَكْفُرُ مُسْتَحِلُّ الخَمْرِ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهَا اجْتِهَادِيَّةٌ، وَحُرْمَةُ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ، وَلا يَجِبُ الحَدُّ بِشُرْبِهَا حَتَّى يَسْكَرَ، وَيَجِبُ بِشُرْبِ قَطْرَةٍ مِنَ الخَمْرِ، وَنَجَاسَتُهَا خَفِيفَةٌ فِي رِوَايَةٍ وَغَلِيظَةٌ فِي أُخْرَى، وَنَجَاسَةُ الخَمْرِ غَلِيظَةٌ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَيَجُوزُ بَيْعُهَا، وَيَضْمَنُ مُتْلِفُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ، وَمَا شَهِدَت دَلَالَةٌ قَطْعِيَّةٌ بِسُقُوطِ تَقَوُّمِهَا، بِخِلَافِ الخَمْرِ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُ يَجِبُ قِيمَتُهَا لا مِثْلُهَا عَلَى مَا عُرِفَ، وَلا يُنْتَفَعُ بِهَا بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا إِذَا كَانَ الذَّاهِبُ بِالطَّبْخِ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ دُونَ الثُّلُثَيْنِ (وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ:

الثوب أكثر من قدر الدرهم لا يمنع جواز الصلاة.

وأمَّا نبيذ التمر: فهو التمر إذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتدَّ وقذف بالزبد، فإنه حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، لاستمرار الطعام والتداوي، والسكر منه حرام، وهو قول محمد رحمه الله أولًا ثم رجع وقال: لا يحل شربه، وهو قول الشافعي رحمه الله.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا المَعْنَى مِنْ قَبْلُ، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّهُ رَقِيقٌ مُلِذٌّ مُطْرِبٌ، إلى آخره.

وأمَّا نقيع الزبيب: فقد ذكرنا أن ما يتخذ من الزبيب شيئان: نقيع، ونبيذ، فالنقيع: هو أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أيَّامًا حتى يستخرج منه الماء حلاوته، فما دام حلوًا يحل بالإجماع، وإن غلا واشتدَّ وقذف بالزبد فحكمه كحكم الباذق.

وأمَّا النبيذ: فهو التي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة ما دام حلوًا يحل بالإجماع، وإن غلا واشتدَّ وقذف بالزبد فهو كالمثلث، وقد مرَّ بيانه، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

قوله: غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله يجبُ قيمتها لا مثلها كما إذا أتلفَ

وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الأَشْرِبَةِ فَلَا بَأْسَ بِهِ) قَالُوا: هَذَا الجَوَابُ عَلَى هَذَا العُمُومِ وَالبَيَانِ لا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ، وَهُوَ نَصٌّ عَلَى أَنَّ مَا يُتَّخَذُ مِنَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالعَسَلِ وَالذُّرَةِ حَلَالٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهُ عِنْدَهُ وَإِنْ سَكِرَ مِنْهُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ السَّكْرَانِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ النَّائِمِ وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حَرَامٌ وَيُحَدُّ شَارِبُهُ وَيَقَعُ طَلَاقُهُ إِذَا سَكِرَ مِنْهُ كَمَا فِي سَائِرِ الأَشْرِبَةِ المُحَرَّمَةِ (وَقَالَ فِيهِ أَيْضًا: وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: مَا كَانَ مِنَ الأَشْرِبَةِ يَبْقَى بَعْدَ مَا يَبْلُغُ عَشَرَةَ أَيَّامٍ وَلَا يَفْسُدُ فَإِنِّي أَكْرَهُهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -)

المسلم خمر الذمي.

قوله: وَمَا سِوَى ذَلِكَ، أي: وما سوى ما ذكر وهو الخمر، والسكر، ونقيع الزبيب، والطلاء وهو الباذق، والمنصف.

قوله: لا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ، أي: في غير «الجامع الصغير».

قوله: وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، أي: بمنزلة من ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك، فإنه لا يقع طلاقه، وإقراره، وبيعه، هناك، فكذا هنا، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله.

وعن أبي حنيفة رحمه الله قال: من زال عقله، إن علم أنه بنج حين أكل يقع طلاقه وعتاقه، وإن لم يعلم لا يقع، والسكر من هذه الأشربة حرام بالإجماع؛ لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب، فمن المشروب أولى، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حَرَامٌ وَيُحَدُّ شَارِبُهُ إِذَا سَكِرَ مِنْهُ وَيَقَعُ طَلَاقُهُ، والشيخ الإمام الخزواني رحمه الله في «الفتاوى» ذكر: أن الفتوى على قول محمد رحمه الله، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَقَالَ فِيهِ أَيْضًا، أي: في «الجامع الصغير».

وَقَوْلُهُ الأَوَّلُ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنَّ كُلَّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: يَبْلُغُ: يَغْلِي وَيَشْتَدُّ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ وَلا يَفْسُدُ: لا يُحَمَّضُ وَوَجْهُهُ أَنَّ بَقَاءَهُ هَذِهِ المُدَّةَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحَمَّضَ دَلالَةُ قُوَّتِهِ وَشِدَّتِهِ فَكَانَ آيَةَ حُرْمَتِهِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يُرْوَى عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَعْتَبِرُ حَقِيقَةَ الشِّدَّةِ عَلَى الحَدِّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِيمَا يَحْرُمُ أَصْلُ شُرْبِهِ وَفِيمَا يَحْرُمُ السُّكْرُ مِنْهُ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى وَأَبُو يُوسُفَ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلَمْ يُحَرِّمْ كُلَّ مُسْكِرٍ، وَرَجَعَ عَنْ هَذَا الشَّرْطِ أَيْضًا (وَقَالَ فِي المُخْتَصَرِ: وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَى طَبْخَةٍ حَلالٌ وَإِنِ اشْتَدَّ إِذَا شُرِبَ مِنْهُ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لا يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَلا طَرَبٍ)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ حَرَامٌ، وَالكَلامُ فِيهِ كَالكَلامِ فِي المُثَلَّثِ العِنَبِيِّ وَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِالخَلِيطَيْنِ) لِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ زِيَادٍ أَنَّهُ قَالَ: سَقَانِي ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - شَرْبَةً مَا كِدْتُ أَهْتَدِي إِلَى مَنْزِلِي فَغَدَوْتُ إِلَيْهِ مِنَ الغَدِ فَأَخْبَرْتُهُ بِذَلِكَ فَقَالَ: مَا زِدْنَاكَ عَلَى عَجْوَةٍ وَزَبِيبٍ وَهَذَا نَوْعٌ مِنَ الخَلِيطَيْنِ وَكَانَ مَطْبُوخًا؛ لِأَنَّ المَرْوِيَّ عَنْهُ حُرْمَةُ نَقِيعِ الزَّبِيبِ وَهُوَ النِّيءُ مِنْهُ، وَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ

قوله: كَالكَلامِ فِي المُثَلَّثِ العِنَبِيِّ، عنده حلال بشرط أن لا يسكر.

قوله: وَلا بَأْسَ بِالخَلِيطَيْنِ، وهو أن يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب ويطبخ أدنى طبخه، ويترك إلى أن يغلي ويشتد، كذا في «الأوضح».

العجوة: التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته.

وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ الجَمْعِ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ، وَالزَّبِيبِ وَالرُّطَبِ، وَالرُّطَبِ وَالبُسْرِ» مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الشِّدَّةِ، وَكَانَ ذَلِكَ فِي الِابْتِدَاءِ.

قَالَ: (وَنَبِيذُ العَسَلِ وَالتِّينِ وَنَبِيذُ الحِنْطَةِ وَالذُّرَةِ وَالشَّعِيرِ حَلَالٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَطَرَبٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ، وَأَشَارَ إِلَى الكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ» خَصَّ التَّحْرِيمَ بِهِمَا وَالمُرَادُ بَيَانُ الحُكْمِ، ثُمَّ قِيلَ يُشْتَرَطُ الطَّبْخُ فِيهِ لِإِبَاحَتِهِ، وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ؛ لِأَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ كَيْفَمَا كَانَ وَهَلْ يُحَدُّ فِي المُتَّخَذِ مِنَ الحُبُوبِ إِذَا سَكِرَ مِنْهُ؟ قِيلَ لَا يُحَدُّ وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَ مِنْ قَبْلُ قَالُوا: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُحَدُّ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ سَكِرَ مِنَ الأَشْرِبَةِ أَنَّهُ يُحَدُّ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الفُسَّاقَ يَجْتَمِعُونَ عَلَيْهِ فِي زَمَانِنَا اجْتِمَاعَهُمْ عَلَى سَائِرِ الأَشْرِبَةِ، بَلْ فَوْقَ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ المُتَّخَذُ مِنَ الأَلْبَانِ إِذَا اشْتَدَّ فَهُوَ عَلَى هَذَا وَقِيلَ: إِنَّ المُتَّخَذَ مِنْ لَبَنِ الرَّمَاكِ لَا يَحِلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتِبَارًا بِلَحْمِهِ؛ إِذْ هُوَ مُتَوَلِّدٌ مِنْهُ قَالُوا: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ كَرَاهَةَ لَحْمِهِ لِمَا فِي إِبَاحَتِهِ مِنْ قَطْعِ مَادَّةِ الجِهَادِ أَوْ لِاحْتِرَامِهِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى لَبَنِهِ.

قوله: مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الشِّدَّةِ، أي: العسرة والقحط، يعني: أن النهي محمول على أن الجمع كان بين التمر والزبيب في سنة القحط، فاستحب أن لا يجمع إنسان بين النعمتين، بل يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره، حتى لا يشبع هو وجاره جائع، وما روينا من الإباحة محمول على حالة السعة بين الناس حيث أباح الجمع بين النِّعمتين، هكذا رُوي عن إبراهيم النخعي رحمه الله، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قَالَ: (وَعَصِيرُ العِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلَالٌ وَإِنِ اشْتَدَّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: حَرَامٌ، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّقَوِّي، أَمَّا إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّلَهِّيَ لَا يَحِلُّ بِالِاتِّفَاقِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِثْلُ قَوْلِهِمَا، وَعَنْهُ أَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ، وَعَنْهُ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهِ لَهُمْ فِي إِثْبَاتِ الحُرْمَةِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ» وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ» وَيُرْوَى عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أَسْكَرَ الجَرَّةُ مِنْهُ فَالجَرْعَةُ مِنْهُ حَرَامٌ»؛ وَلِأَنَّ المُسْكِرَ يُفْسِدُ العَقْلَ فَيَكُونُ حَرَامًا قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ كَالخَمْرِ، وَلَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «حُرِّمَتِ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا» وَيُرْوَى «بِعَيْنِهَا قَلِيلِهَا وَكَثِيرِهَا، وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ» خَصَّ السُّكْرَ بِالتَّحْرِيمِ فِي غَيْرِ الخَمْرِ؛ إِذِ العَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ؛ وَلِأَنَّ المُفْسِدَ هُوَ القَدَحُ المُسْكِرُ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا

قوله: وَعَصِيرُ العِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ - وهو المدعو بالمثلث - حَلَالٌ.

قوله: وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، أي: ولأبي حنيفة ولأبي يوسف رحمهما الله.

ولهما أيضًا قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] الآية، الله تعالى بين الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهو الصد عن ذكر الله تعالى، وإيراث العداوة والبغضاء، وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل، ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا: لا يحرم القليل من الخمر أيضًا، ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالإجماع، ولا إجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية.

وسُئل أبو بكر عن العصير إذا وضع في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه قال: لا بأس به، وهو بمنزلة طبخه بالنار، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلِأَنَّ المُفْسِدَ هُوَ القَدَحُ المُسْكِرُ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا، أي: لا ما قبله.

وَإِنَّمَا يَحْرُمُ القَلِيلُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَدْعُو لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ إِلَى الكَثِيرِ فَأُعْطِيَ حُكْمَهُ، وَالمُثَلَّثُ لِغِلَظِهِ لا يَدْعُو وَهُوَ فِي نَفْسِهِ غِذَاءٌ فَبَقِيَ عَلَى الإِبَاحَةِ.

وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ غَيْرُ ثَابِتٍ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، ثُمَّ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى القَدَحِ الأَخِيرِ إِذْ هُوَ المُسْكِرُ حَقِيقَةً وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ المَاءُ بَعْدَ مَا ذَهَبَ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ حَتَّى يَرِقَّ ثُمَّ يُطْبَخُ طَبْخَةً حُكْمُهُ حُكْمُ المُثَلَّثِ؛ لِأَنَّ صَبَّ المَاءِ لا يَزِيدُهُ إِلَّا ضَعْفًا، بِخِلَافِ مَا

فإن قلتَ: القدح الأخير إنما يصير مسكرًا بما تقدمه لا بانفراده بنفسه، فينبغي على هذا أن يكون كله ممَّا تقدم وتأخر حرامًا، لاستناد كل واحدٍ منهما في التقوي إلى الآخر.

قلتُ: لمَّا وجد السكر بشرب القدح الأخير أضيف الحكم إليه لكونه علة معنًى وحكمًا؛ وهذا لأن المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام، فإن تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوي بدنه حلال، وما يتخمه وهو الأكل فوق الشبع حرام، ثم المحرم منه ما هو المتخم وهو ما زاد على الشبع، وإن كان هذا لا يكون متخماً إلا باعتبار ما تقدمه فكذلك في الشراب، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وسُئل الشيخ أبو حفص الكبير رحمه الله عن هذا فقال: لا يحل شربه، فقيل له: خالفتَ أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله، فقال: لا، قيل: كيف؟ فقال: لأنَّهما إنما يحلان للاستمراء، والناس في زماننا إنما يستعملونه للفجور والتلهي، ولو شربه للهو لا يحل بالإجماع.

وذكر أبو يوسف رحمه الله في «أماليه»: لو أراد أن يشربه للسكر فقليله وكثيره حرام، وقعوده لذلك حرام، والمشي إليه حرام.

وعلى هذا الاختلاف نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة ثم غلى واشتدَّ وقذف بالزبد، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ المَاءُ بَعْدَ مَا ذَهَبَ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ حَتَّى يَرِقَّ ثُمَّ يُطْبَخُ طَبْخَةً حُكْمُهُ حُكْمُ المُثَلَّثِ، لم يذكر اسم هذا الشراب مع أن له أسامي خمسة: البَخْتج، والجمهوري،

إِذَا صُبَّ المَاءُ عَلَى العَصِيرِ ثُمَّ يُطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَا الكُلِّ؛ لِأَنَّ المَاءَ يَذْهَبُ أَوَّلًا لِلَطَافَتِهِ، أَوْ يَذْهَبُ مِنْهُمَا،

والحميدي، وأبو يوسفي، ويعقوبي.

والبَخْتج: تعريب پُخْتَه، أي: مطبوخ، وعن الإمام خواهر زاده رحمه الله: هو اسم لما حمل على النار وطبخ إلى الثلث، كذا في «المغرب».

وذكر في «الذخيرة»: وأمَّا البختج وفارسيته پُخْتَه، فقد اختلف المشايخ في أمره، قال الفقيه أبو محمد رحمه الله: هو العصير الذي صبَّ فيه الماء وطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، فيكون الذاهب من العصير أقل من الثلثين، منسوب إلى جمهور الناس وهو جُلُّهم، فإن كان تفسيره: فما دام حلوًا يحل شربه، وإذا غلى وقذف بالزبد لا يحل شربه عند علمائنا جميعًا.

وقال بعضهم: البَخْتج هو الحميدي، منسوب إلى رجل اسمه حميد، وذكر في «المغرب»: سُمي بتصغير الحمد حميد بن هانئ، ونسب إليه الحميدي، وهو نوع من الأشربة.

ثم ذكر صورته في «الذخيرة» بعدما ذكر ما ذكرته فقال: صورته أن يصب الماء على المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد، فإنه يحل شربه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ما دون السكر، ويسمى هذا النوع أبو يوسفي؛ لأن أبا يوسف رحمه الله كثيرًا ما يستعمل هذا، وهل يشترط لإباحته عندهما بعدما صب الماء فيه أدنى طبخة؟ اختلف المشايخ فيه.

ويعقوبي أيضًا كأبو يوسفي؛ لأنَّهما علما شخص واحد.

قوله: أَوْ يَذْهَبُ مِنْهُمَا، يعني: تارةً يذهب الماء للطافتة أولًا، وتارة يذهب العصير والماء معًا، فلو ذهبا معًا يحل شربه كما يحل شرب المثلث؛ لأنَّهما لما ذهبا معًا كان الذاهب من العصير أيضًا ثلثين كالماء، وهناك يجوز شربه على ما يجيء في فصل طبخ العصير، فكذلك هاهُنا، لكن لمَّا لم يتيقن بذهابِهما معًا واحتمل ذهاب الماء أولًا للطافتة قلنا بحرمة شربه احتياطـًا؛ لأنه إذا ذهب الماء أولًا كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا على ما مرَّ، وهو الباذق.

فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلُثَيْ مَاءِ العِنَبِ، وَلَوْ طُبِخَ العِنَبُ كَمَا هُوَ ثُمَّ يُعْصَرُ يُكْتَفَى بِأَدْنَى طَبْخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ لا يَحِلُّ مَا لَمْ يَذْهَبْ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّ العَصِيرَ قَائِمٌ فِيهِ مِنْ غَيْرِ تَغَيُّرٍ فَصَارَ كَمَا بَعْدَ العَصْرِ، وَلَوْ جُمِعَ فِي الطَّبْخِ بَيْنَ العِنَبِ وَالتَّمْرِ أَوْ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ لا يَحِلُّ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ؛ لِأَنَّ التَّمْرَ إِنْ كَانَ يُكْتَفَى فِيهِ بِأَدْنَى طَبْخَةٍ فَعَصِيرُ العِنَبِ لا بُدَّ أَنْ يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ فَيُعْتَبَرُ جَانِبُ العِنَبِ احْتِيَاطًا، وَكَذَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَ عَصِيرِ العِنَبِ وَنَقِيعِ التَّمْرِ لِمَا قُلْنَا. وَلَوْ طُبِخَ نَقِيعُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ أَدْنَى طَبْخَةٍ ثُمَّ أُنْقِعَ فِيهِ تَمْرٌ أَوْ زَبِيبٌ، إِنْ كَانَ مَا أُنْقِعَ فِيهِ شَيْئًا يَسِيرًا لا يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِنْ مِثْلِهِ لا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِنْ مِثْلِهِ لَمْ يَحِلَّ كَمَا إِذَا صُبَّ فِي المَطْبُوخِ قَدَحٌ مِنَ النَّقِيعِ وَالمَعْنَى تَغْلِيبُ جِهَةِ الحُرْمَةِ، وَلا حَدَّ فِي شُرْبِهِ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لِلاحْتِيَاطِ وَهُوَ لِلْحَدِّ فِي دَرْئِهِ. وَلَوْ طُبِخَ الخَمْرُ أَوْ غَيْرُهُ بَعْدَ الاشْتِدَادِ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ لَمْ يَحِلَّ؛ لِأَنَّ الحُرْمَةَ قَدْ تَقَرَّرَتْ فَلَا تَرْتَفِعُ بِالطَّبْخِ.

قوله: فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلُثَيْ مَاءِ العِنَبِ، أي: على القطع والبتات.

قوله: وَلَوْ طُبِخَ العِنَبُ كَمَا هُوَ ثُمَّ يُعْصَرُ يُكْتَفَى بِأَدْنَى طَبْخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وهو رواية الحسن عنه فقال: إنه إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إذا غلى واشتدَّ كما في نقيع الزبيب والتمر، وأنكر المتقدمون من مشايخنا هذه الرواية، فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمهم الله قال: سمعتُ أبا حنيفة رحمه الله يقول: إنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهذا أصح؛ لأن الذي في العنب هو العصير، وتأثير العصير في الفصل بين العصير والثقل، فكما لا يحل العصير بأدنى طبخة بل يشترط ذهاب الثلثين فكذلك العنب، كذا في «الذخيرة».

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِالِانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ وَالحَنْتَمِ وَالمُزَفَّتِ وَالنَّقِيرِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - فِي حَدِيثٍ فِيهِ طُولٌ بَعْدَ ذِكْرِ هَذِهِ الأَوْعِيَةِ «فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ ظَرْفٍ، فَإِنَّ الظَّرْفَ لا يُحِلُّ شَيْئًا وَلا يُحَرِّمُهُ وَلا تَشْرَبُوا المُسْكِرَ» وَقَالَ ذَلِكَ بَعْدَ مَا أَخْبَرَ عَنِ النَّهْيِ عَنْهُ فَكَانَ نَاسِخًا لَهُ، وَإِنَّمَا يُنْتَبَذُ فِيهِ بَعْدَ تَطْهِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ الوِعَاءُ عَتِيقًا يُغْسَلُ ثَلاثًا فَيَطْهُرُ، وَإِنْ كَانَ جَدِيدًا لا يَطْهُرُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِتَشَرُّبِ الخَمْرِ فِيهِ بِخِلافِ العَتِيقِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُغْسَلُ ثَلاثًا وَيُجَفَّفُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ مَا لا يَنْعَصِرُ بِالعَصْرِ، وَقِيلَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: يُمْلَأُ مَاءً مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، حَتَّى إِذَا خَرَجَ المَاءُ صَافِيًا غَيْرَ مُتَغَيِّرٍ يُحْكَمُ بِطَهَارَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَخَلَّلَتِ الخَمْرُ حَلَّتْ سَوَاءٌ صَارَتْ خَلًّا بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ يُطْرَحُ فِيهَا،

قوله: وَلا بَأْسَ بِالِانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ، إلى أن قال: فِي حَدِيثٍ فِيهِ طُولٌ، وهو ما روى بريدة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «نَهيتكم عن ثلاث: عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمِّه، ولا تقولوا هِجْرًا، وعن لحم الأضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام، فأمسكوه ما بدا لكم وتزودوا، وإنما نَهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم، وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمُزفَّت فاشربوا في كل ظرف، فإن الظرف لا يحل شيئًا ولا يحرمه»، وفي الحديث دليل على جواز نسخ السنة بالسنة.

الدُّبَّاء: القرع. **الحَنْتَم**: جرار حمر، وقيل خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة، الواحدة: حنتمة. **المُزَفَّت**: الوعاء المطلي بالزفت وهو القار، كذا في «المبسوط»، و«المغرب».

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله: إنما نَهى عن هذه الأوعية على الخصوص؛ لأن الأنبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها.

قوله: وَإِذَا تَخَلَّلَتِ الخَمْرُ حَلَّتْ، إلى أن قال: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا،

وَلا يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ التَّخْلِيلُ وَلا يَحِلُّ الخَلُّ الحَاصِلُ بِهِ إِنْ كَانَ التَّخْلِيلُ بِإلقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ فَلَهُ فِي الخَلِّ الحَاصِلِ بِهِ قَوْلَانِ، لَهُ أَنَّ فِي التَّخْلِيلِ اقْتِرَابًا مِنَ الخَمْرِ عَلَى وَجْهِ التَّمَوُّلِ، وَالأَمْرُ بِالِاجْتِنَابِ يُنَافِيهِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «نِعْمَ الإِدَامُ الخَلُّ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «خَيْرُ خَلِّكُمْ خَلُّ خَمْرِكُمْ»؛ وَلِأَنَّ بِالتَّخْلِيلِ يَزُولُ الوَصْفُ المُفْسِدُ وَتَثْبُتُ صِفَةُ الصَّلاحِ مِنْ حَيْثُ تَسْكِينُ الصَّفْرَاءِ وَكَسْرُ الشَّهْوَةِ، وَالتَّغَذِّي بِهِ وَالإِصْلاحُ مُبَاحٌ، وَكَذَا الصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ اعْتِبَارًا بِالمُتَخَلِّلِ بِنَفْسِهِ وَبِالدِّبَاغِ وَالِاقْتِرَابِ لِإِعْدَامِ الفَسَادِ فَأَشْبَهَ الإِرَاقَةَ،

أصل المسألة أن تخليل الخمر بالعلاج جائز عندنا، ويحل تناول الخل بعد التخليل، وعند الشافعي رحمه الله التخليل حرام بإلقاء شيء في الخمر من ملح أو خل، ولا يحل ذلك الخل قولًا واحدًا، والتخليل بغير إلقاء شيءٍ فيه بالنقل من الظل إلى الشمس، أو إيقاد النار بالقرب منه لا يحل عنده أيضًا، ولكن إذا تخلل فله قولان في إباحة ذلك الخل.

فوجه الفرق له بينهما هو أن ما يلقى في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر إيَّاه، وما يكون نجسًا في نفسه لا يفيد الطهارة في غيره، بخلاف ما إذا تخللت بنفسها؛ لأنه لم يوجد هناك تنجيس شيءٍ بإلقائه فيها، ولا مباشرة فعل حرام في الخمر، فهو نظير الصيد إذا خرج من الحرم بنفسه حل اصطياده، ولو أخرجه إنسان لم يحل ووجب رده إلى الحرم، ومن قتل مورثه يحرم عن الميراث بمباشرته فعلًا حرامًا، بخلاف ما إذا ماتَ بنفسه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نِعْمَ الإِدَامُ الخَلُّ»، وهو عام يتناول جميع ما ينطلق عليه اسم الخل، فكانت متناولًا لخل حصل من تخليل الخمر.

قوله: وَالإِصْلاحُ مُبَاحٌ - أي: التخليل مباح بالدليل، وإن كان الخصم ينكر إباحة التخليل - وَكَذَا الصَّالِحُ - وهو الخل - لِلْمَصَالِحِ، بفتح الميم، جمع المصلحة.

وَالتَّخْلِيلُ أَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْرَازِ مَالٍ يَصِيرُ حَلَالًا فِي الثَّانِي فَيَخْتَارُهُ مَنْ ابْتُلِيَ بِهِ، وَإِذَا صَارَ الخَمْرُ خَلًّا يَطْهُرُ مَا يُوَازِيهَا مِنَ الإِنَاءِ،

قوله: وَالتَّخْلِيلُ أَوْلَى، أي: التخليل أولى أن يكون مباحًا من الإراقة؛ إذ في الإراقة إبطال المفسد لا غير، وفي التخليل إحراز المال وصيانته مع إبطال المفسد.

قوله: فَيَخْتَارُهُ، أي: فيختار التخليل على الإراقة.

فإن قلتَ: لو تمسك الخصم بدلائل سمعية وعقلية وهي: ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أنه نَهى عن تخليل الخمر»، وفي رواية: «نَهى أن يتخذ الخمر خلًّا»؛ ولأن التخليل تصرف فيها على قصد التمول، فيكون حرامًا كالبيع والشراء.

ولأنه لو ألقي في الخمر شيئًا حلوًا كالسكر والفانيد حتى صارت حلوًا فلم تطهر هناك بالاتفاق، فكذا بالتخليل.

ولأن التخليل ليس بتقليب للعين؛ لأنه ليس إلى العباد تقليب العين، فلا يكون لهم تقليب طبع الخمر، بخلاف ما إذا تخللت بنفسها بمضي الزمان، وهو نظير الشاب يصير شيخًا بمضي الزمان، وبالتكليف لا يصير شيخًا، فإذا لم يتبدل طبعه بِهذا التخليل بقيت صفة الخمرية فيها، وإن كانت لا تطهر حسًّا كما إذا ألقي فيها شيء من الحلو، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الحديث فهو: أن المراد من النهي عن التخليل أن يستعمل الخمر استعمال الخل بأن يؤتدم بِها، وهو نظير ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «نَهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال، وأن تتخذ الدوابُ كراسي»، والمراد الاستعمال.

ولمَّا نزل قوله تعالى: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَحۡبَارَهُمۡ وَرُهۡبَٰنَهُمۡ أَرۡبَابٗا مِّن دُونِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٣١]، قال عدي بن حاتم: ما عبدناهم قط، قال النبي صلى الله عليه وسلَّم: «أليس كانوا يأمرون وينهون ويطيعونَهم؟ قال: نعم، فقال هو ذاك»، فقد فسَّر الاتخاذ بالاستعمال.

وأمَّا الجواب عن قوله: إن التخليل تصرف فيها على قصد التمول، قلنا: لا كذلك؛ لأن التخليل ليس بتصرف في الخمر على قصد تمول الخمر، بل هو إتلاف لصِفَة الخمرية،

فَأَمَّا أَعْلَاهُ وَهُوَ الَّذِي نَقَصَ مِنْهُ الخَمْرُ قِيلَ يَطْهُرُ تَبَعًا وَقِيلَ لا يَطْهُرُ؛ لِأَنَّهُ خَمْرٌ يَابِسٌ إلَّا إذَا غُسِلَ بِالخَلِّ فَيَتَخَلَّلُ مِنْ سَاعَتِهِ فَيَطْهُرُ، وَكَذَا إذَا صُبَّ فِيهِ الخَمْرُ ثُمَّ مُلِئَ خَلًّا يَطْهُرُ فِي الحَالِ عَلَى مَا قَالُوا.

وبين تمول الخمر وإتلاف صفة الخمرية منافاة، فما كان الاقتراب من الخمر لإتلاف صفة الخمرية إلا نظير الاقتراب منها لإراقة عين الخمر، وذلك جائز شرعًا، فكذا هنا.

وأمَّا إذا ألقى فيها شيئًا من الحلاوات فلا تطهر؛ لأن ذلك ليس بإتلاف لصفة الخمرية؛ لأنه ليس من طبع الخمر أن يصير حلوًا، فعرفنا أن معنى الشدة والمرارة قائم فيها، وإن كان لا تطهر لغلبة الحلاوة عليها، وأمَّا من طبع الخمر أنَّها تصير خلًّا فيكون التخليل إتلافًا لصفة الخمرية.

وقوله: إن تقليب العين ليس إلى العباد، قلنا: نحن نسلم أن تقليب الطباع ليس إلى العباد، وإنما إليهم إحداث المجاورة بين الخل والخمر، فالخل بِهذه الصفة يقوي على إتلاف صفة الخمرية بتحولها إلى طبع الخل في أسرع الأوقات، فكان هذا أقرب إلى الجواز من الإمساك بدون التخليل، فإذا جاز الإمساك إلى أن تخلل فالتخلل أوْلَى بالجواز، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: فَأَمَّا أَعْلَاهُ وَهُوَ الَّذِي نَقَصَ - أي: انتقص من النقصان - مِنْهُ الخَمْرُ قِيلَ يَطْهُرُ تَبَعًا، هكذا حُكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله، بأن الخمر إذا صارت خلًّا طهر الحب كله من غير تكليف غسله أولًا بالخل، أو إدارة الخل فيه، وبه أخذ أبو الليث، وهو اختيار الصدر الشهيد رحمهما الله.

قوله: وَقِيلَ لا يَطْهُرُ؛ لأن ما بداخل أجزاء الحب من أجزاء الخمر لم تصر خلًّا، بل يبس فيه خمرًا فيكون نجسًا، والحيلة في ذلك أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر؛ لأنه إذا غسله بالخل فما دخل من أجزاء الخمر يصير خلًّا، فإن لم يفعل كذلك حتى ملأه من العصير ينجس العصير، ولا يحل شربه؛ لانه عصير خالطه خمر.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ شُرْبُ دُرْدِيِّ الخَمْرِ وَالِامْتِشَاطُ بِهِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ أَجْزَاءَ الخَمْرِ، وَالِانْتِفَاعُ بِالمُحَرَّمِ حَرَامٌ، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ أَنْ يُدَاوِيَ بِهِ جُرْحًا أَوْ دَبْرَةَ دَابَّةٍ وَلا أَنْ يَسْقِيَ ذِمِّيًّا وَلا أَنْ يَسْقِيَ صَبِيًّا لِلتَّدَاوِي، وَالوَبَالُ عَلَى مَنْ سَقَاهُ، وَكَذَا لا يَسْقِيهَا الدَّوَابَّ وَقِيلَ: لا تُحْمَلُ الخَمْرُ إِلَيْهَا، أَمَّا إِذَا قُيِّدَتْ إِلَى الخَمْرِ فَلَا بَأْسَ بِهِ كَمَا فِي الكَلْبِ وَالمَيْتَةِ وَلَوْ أُلْقِيَ الدُّرْدِيُّ فِي الخَلِّ لا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ خَلًّا لَكِنْ يُبَاحُ

وذكر عن أبي القاسم أن حيلته أن يدار فيه الخل حتى يصيب جميع الظرف، فإذا فعل ذلك فقد طهر وإن لم يتشرب فيه الخل، كذا في «الذخيرة».

دُرْدِيٌّ: الزيت وغيره: ما يبقى في أسفله، كذا في «الصحاح».

قوله: وَيُكْرَهُ شُرْبُ دُرْدِيِّ الخَمْرِ وَالِامْتِشَاطُ بِهِ، يعني: يكره شرب دردي الخمر والانتفاع به، فلمّا كره الانتفاع بدرديّها فلأَن يكره الانتفاع بنفس الخمر أَوْلَى؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لعن الله في الخمر عشرًا»، وقال في الجملة من ينتفع بِها، وإنما خص الامتشاط؛ لأن له تأثيرًا في تحسين الشعر.

وفي «المبسوط»: ولا تمشط المرأة بالخمر في الحمام؛ لأنّها في خطاب تحريم الشرب كالرجل، وكذلك في وجوب الحد عليها عند الشرب فكذلك في الانتفاع بها من حيث الامتشاط، وذلك شيء تصنعه بعض النساء؛ لأنه يزيد في بريق الشعر.

الدَّبْرَة: ريش ستور.

قوله: وَقِيلَ: لا تُحْمَلُ الخَمْرُ إِلَيْهَا، أي: يباح سقي الدواب الخمر، ولكن يسقيها بِهذا الطريق.

وفي «الذخيرة»: ويكره أن يبل الطين بالخمر، وأن يسقي الدواب إيَّاها، وقال بعض المشايخ رحمهم الله: لو نقل الدابة إلى الخمر لا بأس به، ولو نقل الخمر إلى الدابة يكره.

قوله: كَمَا فِي الكَلْبِ وَالمَيْتَةِ، أي: يكره نقل الميتة إلى الكلب، ولو نقل الكلب إلى الميتة لا بأس به.

حَمْلُ الخَلِّ إِلَيْهِ لا عَكْسُهُ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَلا يُحَدُّ شَارِبُهُ) أَيْ شَارِبُ الدُّرْدِيِّ (إِنْ لَمْ يَسْكَرْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُ شَرِبَ جُزْءًا مِنَ الخَمْرِ وَلَنَا أَنَّ قَلِيلَهُ لا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ لِمَا فِي الطِّبَاعِ مِنَ النَّبْوَةِ عَنْهُ فَكَانَ نَاقِصًا فَأَشْبَهَ غَيْرَ الخَمْرِ مِنَ الأَشْرِبَةِ وَلا حَدَّ فِيهَا إِلَّا بِالسُّكْرِ، وَلِأَنَّ الغَالِبَ عَلَيْهِ الثُّفْلُ فَصَارَ كَمَا إِذَا غَلَبَ عَلَيْهِ المَاءُ بِالِامْتِزَاجِ (وَيُكْرَهُ الِاحْتِقَانُ بِالخَمْرِ وَإِقْطَارُهَا فِي الإِحْلِيلِ)؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِالمُحَرَّمِ وَلا يَجِبُ الحَدُّ لِعَدَمِ الشُّرْبِ وَهُوَ السَّبَبُ، وَلَوْ جُعِلَ الخَمْرُ فِي مَرَقَةٍ لا تُؤْكَلُ لِتَنَجُّسِهَا بِهَا وَلا حَدَّ مَا لَمْ يَسْكَرْ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَصَابَهُ الطَّبْخُ وَيُكْرَهُ أَكْلُ خُبْزٍ عُجِنَ عَجِينُهُ بِالخَمْرِ لِقِيَامِ أَجْزَاءِ الخَمْرِ فِيهِ.

وقوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى التعليل المستفاد من قوله: كَمَا فِي الكَلْبِ وَالمَيْتَةِ، أي: لو نقل الميتة إلى الكب كان اقترابًا من الميتة وهو مكروه، وكذلك حمل الدردي إلى الخل كان مكروهًا، بخلاف عكسه فإنه لا بأس به.

قوله: وَيُكْرَهُ الِاحْتِقَانُ بِالخَمْرِ وَإِقْطَارُهَا فِي الإِحْلِيلِ، والشافعي رحمه الله يجوز ذلك إذا أخبره عدلان أن شفاؤه في ذلك، ولا حد عليه؛ لشبهة اختلاف العلماء في إباحة هذا الفعل، ولحاجته إلى التداوي.

قوله: لِقِيَامِ أَجْزَاءِ الخَمْرِ فِيهِ؛ لأن العجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل أكله، هذا كله من المبسوط، والله تعالى أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي طَبْخِ العَصِيرِ

وَالأَصْلُ أَنَّ مَا ذَهَبَ بِغَلَيَانِهِ بِالنَّارِ وَقَذَفَهُ بِالزَّبَدِ يُجْعَلُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ وَيُعْتَبَرُ ذَهَابُ ثُلُثَيْ مَا بَقِيَ لِيَحِلَّ الثُّلُثُ البَاقِي.

بَيَانُهُ عَشَرَةُ دَوَارِقَ مِنْ عَصِيرٍ طُبِخَ فَذَهَبَ دَوْرَقٌ بِالزَّبَدِ يُطْبَخُ البَاقِي حَتَّى يَذْهَبَ سِتَّةُ دَوَارِقَ وَيَبْقَى الثُّلُثُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَذْهَبُ زَبَدًا هُوَ العَصِيرُ أَوْ مَا يُمَازِجُهُ، وَأَيًّا مَا كَانَ جُعِلَ كَأَنَّ العَصِيرَ تِسْعَةُ دَوَارِقَ فَيَكُونُ ثُلُثُهَا ثَلَاثَةً وَأَصْلٌ آخَرُ أَنَّ العَصِيرَ إِذَا صُبَّ عَلَيْهِ مَاءٌ قَبْلَ الطَّبْخِ ثُمَّ طُبِخَ بِمَائِهِ، إِنْ كَانَ المَاءُ أَسْرَعَ ذَهَابًا

فصل في طبخ العصير

لمَّا كان طبخ العصير من أسباب ما يمنع العصير عن التخمر، ألحقه بالأشربة تعليمًا لإبقاء ما هو حلال على حله.

قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ مَا ذَهَبَ بِغَلَيَانِهِ بِالنَّارِ وَقَذَفَهُ بِالزَّبَدِ يُجْعَلُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، يعني: ما ذهب من القدر من غاية الغليان لا يعتبر.

الدَّوْرق: مكيال للشراب وهو أعجمي.

قوله: وَإِنْ كَانَا يَذْهَبَانِ مَعًا تُغْلَى الجُمْلَةُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ، كأن محمدًا رحمه الله عَلِم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا، ومنه إذا صب فيه الماء يذهبان معًا، ففصل الجواب فيه تفصيلًا، وصار حاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهابًا

لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ يُطْبَخُ البَاقِي بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِقْدَارُ مَا صُبَّ فِيهِ مِنَ المَاءِ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ؛ لِأَنَّ الذَّاهِبَ الأَوَّلَ هُوَ المَاءُ وَالثَّانِي العَصِيرُ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذَهَابِ ثُلُثَي العَصِيرِ، وَإِنْ كَانَا يَذْهَبَانِ مَعًا تُغْلَى الجُمْلَةُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ وَيَبْقَى ثُلُثُهُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ الثُّلُثَانِ مَاءً وَعَصِيرًا وَالثُّلُثُ البَاقِي مَاءٌ وَعَصِيرٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا صُبَّ المَاءُ فِيهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِنَ العَصِيرِ بِالغَلْيِ ثُلُثَاهُ بَيَانُهُ عَشَرَةُ دَوَارِقَ مِنْ عَصِيرٍ وَعِشْرُونَ دَوْرَقًا مِنْ مَاءٍ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى تُسْعُ الجُمْلَةِ؛ لِأَنَّهُ ثُلُثُ العَصِيرِ. وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَا الجُمْلَةِ لِمَا قُلْنَا، وَالغَلْيُ بِدَفْعَةٍ أَوْ دَفَعَاتٍ سَوَاءٌ

فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير، وإن كانا يذهبان معًا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل.

قوله: فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ - وهو الذي يذهب الماء أولًا - يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى تُسْعُ الجُمْلَةِ، ووجه معرفة هذا أن تجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم؛ لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك إلى الثلث والثلثين، فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة، والكل تسعة أسهم، فإذا ذهب الماء أولًا فقد ذهب ستة من تسعة، وما ذهب يجعل كأنه لم يكن؛ لأنه ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم، فيطبخ حتى يذهب ثلثاه، فقد ذهبَ مرَّة ستة ومرَّة اثنان، فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل.

وقوله: وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا ذهب الماء أولًا، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي، وهو الذي يذهب الماء والعصير معًا، يجب أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون وبقي عشرة ثلثُه؛ لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء، والباقي ثلث العصير وثلث الماء، فهذا وما لو صبَّ الماء في العصير بعدما طبخه على الثلث والثلثين سواءٌ.

قوله: وَالغَلْيُ بِدَفْعَةٍ أَوْ دَفَعَاتٍ سَوَاءٌ إِذَا حَصَلَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُحَرَّمًا، أي: قبل أن يتغير العصير عن حاله، وأمَّا إذا حصل الغلي الثاني بعدما غلا وتغير عن حال العصير فلا خير فيه؛ لأن الطبخ في المرَّة الثانية لاقى عينًا محرمًا، فهو بمنزلة خمر طبخت حتى ذهب ثلثاها.

إِذَا حَصَلَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُحَرَّمًا وَلَوْ قُطِعَ عَنْهُ النَّارُ فَغَلَى حَتَّى ذَهَبَ الثُّلُثَانِ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَثَرُ النَّارِ، وَأَصْلٌ آخَرُ أَنَّ العَصِيرَ إِذَا طُبِخَ فَذَهَبَ بَعْضُهُ ثُمَّ أُهْرِيقَ بَعْضُهُ كَمْ تُطْبَخُ البَقِيَّةُ حَتَّى يَذْهَبَ الثُّلُثَانِ فَالسَّبِيلُ فِيهِ أَنْ تَأْخُذَ ثُلُثَ الجَمِيعِ فَتَضْرِبَهُ فِي البَاقِي بَعْدَ المُنْصَبِّ ثُمَّ تَقْسِمَهُ عَلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَهَابِ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَّ مِنْهُ شَيْءٌ فَمَا يَخْرُجُ بِالقِسْمَةِ فَهُوَ حَلَالٌ.

بَيَانُهُ: عَشَرَةُ أَرْطَالِ عَصِيرٍ طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ رِطْلٌ ثُمَّ أُهْرِيقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ تَأْخُذُ ثُلُثَ العَصِيرِ كُلِّهِ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثٌ وَتَضْرِبُهُ فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ المُنْصَبِّ هُوَ سِتَّةٌ فَيَكُونُ عِشْرِينَ ثُمَّ تَقْسِمُ العِشْرِينَ عَلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَّ

قوله: وَلَوْ قُطِعَ عَنْهُ النَّارُ فَغَلَى حَتَّى ذَهَبَ الثُّلُثَانِ يَحِلُّ، يعني: لو طبخ عصيرًا حتى ذهبَ ثلاثة أخماسه وبقي خمساه، ثم قطع عنه النار فلم يَبْرُدْ حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك؛ لأنه صار مثلثًا بقوة النار، فإن الذي بقي من الحرارة بعدما قطع عنه النار أثر تلك النار، فهو وما لو صار مثلثًا والنار تحته سواء، وهذا بخلاف ما لو بردَ قبل أن يصير مثلثًا ثم غلا واشتدَّ حتى ذهب بالغليان منه شيءٌ فإنه لا يحل؛ لأن الغليان بعدما انقطع عنه أثر النار لا يكون إلا بعد الشدة، وحين اشتد فقد صار محرمًا، هذا كله من «المبسوطين»، و«الذخيرة».

قوله: بَيَانُهُ: عَشَرَةُ أَرْطَالِ عَصِيرٍ طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ رِطْلٌ ثُمَّ أُهْرِيقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ تَأْخُذُ ثُلُثَ العَصِيرِ كُلِّهِ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثٌ وَتَضْرِبُهُ فِيمَا بَقِيَ، إلى آخره؛ وذلك لأن الرطل الذاهب في الغليان في المعنى داخل فيما بقي، فكان الباقي قبل أن ينصب عنه شيء تسعة أرطال، فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل؛ لأن الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعًا، فإذا انصب منه ثلاثة أرطال، فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل، فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتساع رطل، فيطبخه حتى يبقى منه الثلث

مِنْهُ شَيْءٌ وَذَلِكَ تِسْعَةٌ، فَيَخْرُجُ لِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ ذَلِكَ اثْنَانِ وَتُسْعَانِ، فَعَرَفْتَ أَنَّ الحَلَالَ فِيمَا بَقِيَ مِنْهُ رِطْلَانِ وَتُسْعَانِ، وَعَلَى هَذَا تُخَرَّجُ المَسَائِلُ وَلَهَا طَرِيقٌ آخَرُ، وَفِيمَا اكْتَفَيْنَا بِهِ كِفَايَةٌ وَهِدَايَةٌ إِلَى تَخْرِيجِ غَيْرِهَا مِنَ المَسَائِلِ.

وهو رطلان وتسعا رطل، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

* * *

(كِتَابُ الصَّيْدِ)

كتاب الصيد

أوْرَد الصيد بعد الأشربة؛ إما لأن كلًّا منهما قد يصير من أسباب التلهي، إلا أن التلهي بالأشربة حرام وبالصيد مكروه، فقدم الحرام لقوته على المكروه لضعفه؛ وإما لأن كل واحد منهما يورث الطرب والسرور؛ أمَّا الأشربة فلما ذكرنا من حد السكر، وأمَّا الصيد فلإيلاع الملوك وأصحاب السُّرور بذلك، لكن السُّرور في السكر إنما يحصل بشيءٍ داخلي، والسُّرور في الصيد بشيءٍ خارجي، فكان الداخلي أكثر لصوقًا بالآدمي من الخارجي، فقدم ما هو أكثر لصوقًا على الذي هو أقل لصوقًا.

وأمَّا محاسن الصيد فإنه من المكاسب على ما ذكر في الكتاب وغيره، فحينئذٍ كانت المحاسن المذكورة في كتاب البيوع مذكورة هاهنا؛ ولأن فيه تحقيق منَّة الله تعالى بقوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩].

ثم الصيد في الأصل مصدر: صاده، إذا أخذه، ويسمى المصيد صيدًا، فحينئذٍ يجمع هو على صيودٍ.

وسببه: هو النشاط الداعي إلى الاصطياد، وسبب انبعاث النشاط يختلف إلى أنواع، منها: الحاجة المحوجة إلى فعل الاصطياد، ومنها: الخصلة الملهية لزيادة توفر العتاد، ومنها: إظهار الجلادة المسنية بين العباد.

وركنه: صدور فعل الاصطياد من أهله في محله بشرطه.

قَالَ: الصَّيْدُ الِاصْطِيَادُ، وَيُطْلَقُ عَلَى مَا يُصَادُ، وَالفِعْلُ مُبَاحٌ لِغَيْرِ المُحْرِمِ فِي غَيْرِ الحَرَمِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمَ

وحكمه: ثبوت الملك عند اتصال الأخذ حقيقةً وتقديرًا، أعني بالتقدير ما إذا أخرجه عن حيز الامتناع.

وأمَّا حل أكل الصيد فقد ذكر في «الخلاصة»: إنما يثبت هو بخمسة عشر شرطًا:

خمسة في الصائد: وهو أن يكون من أهل الذكاة، وأن يوجد منه الإرسال، وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده، وأن لا يترك التسمية عامدًا، وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر.

وخمسة في الكلب: أن يكون معلمًا، وأن يذهب على سنن الإرسال، وأن لا يشاركه في الأخذ ما لا يحل صيده، وأن يقتله جرحًا، وأن لا يأكل منه.

وخمسة في الصيد: أن لا يكون من الحشرات، وأن لا يكون من نبات الماء إلا السمك، وأن يمنع نفسه بجناحيه أو بقوائمه، وأن لا يكون متقوتًا بأنيابه أو بمخلبه، وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه.

وذكر في «المبسوط»: اعلم أن الاصطياد مباح بالكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢]، وأدنى درجات صيغة الأمر الإباحة، وقال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦]، الآية.

وأمَّا السنة: فقوله صلى الله عليه وسلم: «الصيد لمن أخذ»، ففي هذا بيان أن الاصطياد مباح مشروع؛ لأن الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعًا، ويستوي إن كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم؛ لما في اصطياده من تحصيل منفعة جلده، أو دفع أذاه عن الناس.

وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ فَكُلْ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ شَارَكَ كَلْبَكَ كَلْبٌ آخَرُ فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبِ غَيْرِكَ» وَعَلَى إِبَاحَتِهِ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ وَلِأَنَّهُ نَوْعُ اكْتِسَابٍ وَانْتِفَاعٍ بِمَا هُوَ مَخْلُوقٌ لِذَلِكَ، وَفِيهِ اسْتِبْقَاءُ الْمُكَلَّفِ وَتَمْكِينُهُ مِنْ إِقَامَةِ التَّكَالِيفِ فَكَانَ مُبَاحًا بِمَنْزِلَةِ الِاحْتِطَابِ، ثُمَّ جُمْلَةُ مَا يَحْوِيهِ الكِتَابُ فَصْلَانِ: أَحَدُهُمَا فِي الصَّيْدِ بِالجَوَارِحِ وَالثَّانِي فِي الِاصْطِيَادِ بِالرَّمْيِ.

قوله: وَإِنْ شَارَكَ كَلْبَكَ كَلْبٌ آخَرُ فَلَا تَأْكُلْ، ففي لفظ المشاركة دون لفظ الاشتراك دليل على أنه لا تسمية عليه.

قوله: وَانْتِفَاعٍ بِمَا هُوَ مَخْلُوقٌ لِذَلِكَ، أي: بالصيد الذي هو مخلوق للانتفاع.

قوله: وَتَمْكِينُهُ مِنْ إِقَامَةِ التَّكَالِيفِ فَكَانَ مُبَاحًا؛ لأنه غير متعين فبقي على الإباحة، وإنما احتيج إلى ذكر الإباحة؛ لأنه لمَّا كان وسيلة لإقامة التكاليف كان ينبغي أن يكون واجبًا كوجوب التكاليف، لكن كونه غير متعين أوْجَب الإباحة، بخلاف الخروج من الصلاة فإنه متعين وسيلة لإقامة فرض آخر فكان واجبًا، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الجَوَارِحِ)

قَالَ: (وَيَجُوزُ الِاصْطِيَادُ بِالكَلْبِ المُعَلَّمِ وَالفَهْدِ وَالبَازِي وَسَائِرِ الجَوَارِحِ المُعَلَّمَةِ وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ شَيْءٍ عَلَّمْتَهُ مِنْ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ فَلَا بَأْسَ بِصَيْدِهِ، وَلا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تُدْرِكَ ذَكَاتَهُ) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِنَ الجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤].

فصل في الجوارح

قدَّم فصل الجوارح على فصل الرمي؛ لما أن آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد، وللحيوان فضل على الجماد، فتقديم الفاضل على المفضول من باب المناسبة.

أو لأن هذه الجوارح متصفة هنا بالعلم، ولا خفاء لأحد في رجحان العالم على الذي لاصلاحية له إلى التعلم، قال الله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِى ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩].

قوله: وَلَا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ، يحتمل أن يكون هذا العموم في حق الذات وفي حق الصفة.

أمَّا في حق الذات: فإن الاصطياد إنما يجوز بما ذكره من الحيوانات، وهو الكلب، والفهد، والبازي.

قوله: وَسَائِرِ الجَوَارِحِ المُعَلَّمَةِ، ولم يذكر من جملتها الأسد، والذئب، والخنزير، فلا يجوز الاصطياد بِهذه الأشياء الثلاثة، وإن كان عموم **قوله:** وَسَائِرِ الجَوَارِحِ المُعَلَّمَةِ، متناولًا لها.

وَالجَوَارِحُ: الكَوَاسِبُ قَالَ فِي تَأْوِيلِ المُكَلِّبِينَ: المُسَلِّطِينَ، فَيَتَنَاوَلُ الكُلَّ بِعُمُومِهِ، دَلَّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَاسْمُ الكَلْبِ فِي اللُّغَةِ يَقَعُ عَلَى كُلِّ سَبُعٍ حَتَّى الأَسَدِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الأَسَدَ وَالدُّبَّ؛ لِأَنَّهُمَا لا يَعْمَلَانِ لِغَيْرِهِمَا الأَسَدُ لِعُلُوِّ هِمَّتِهِ وَالدُّبُّ لِخَسَاسَتِهِ، وَأَلْحَقَ بِهِمَا بَعْضُهُمُ الحِدَأَةَ لِخَسَاسَتِهَا، وَالخِنْزِيرُ مُسْتَثْنًى؛ لِأَنَّهُ نَجَسُ العَيْنِ فَلا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ ثُمَّ لا بُدَّ مِنَ التَّعْلِيمِ؛ لِأَنَّ مَا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ يَنْطِقُ بِاشْتِرَاطِ التَّعْلِيمِ

أمَّا عدم جواز الاصطياد بالأسد والذئب فلعدم تصور تعليمهما؛ لأن من عادتِهما أن يمسكا صيدهما فلا يأكلانه في الحال، وإنما يستدل على التعليم بترك الأكل، ولو تصور التعليم منهما جاز، وأمَّا الخنزير فلا يجوز الاصطياد به؛ لأنه نجس العين فكان الانتفاع به محرمًا، كذا في «الإيضاح».

وكان معنى **قوله**: وَلا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ، أي: فيما سوى ما عددناه من الكلب وغيره، فكان الخنزير ونظيراه من قبيل ما سوى ذلك.

وأمَّا في حق الصفة: فإن الاصطياد بهذه الأشياء إنما يجوز أن لو كانت معلمة، فكان معنى **قوله**: وَلا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ، أي: فيما سوى المعلمة من هذه الأشياء.

قوله: وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ، عطف على الطيبات، أي: أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم، فحذف المضاف، أو تجعل (مَا) شرطية وجوابها: فَكُلُوا.

قوله: وَالجَوَارِحُ الكَوَاسِبُ، من سباع البهائم والطير، كالكلب، والفهد، والنمر، والعقارب، والصقر، والبازي، والشاهين، والمكلب: مؤدب الجوارح ورائضها لتصيد لصاحبها بطريق التأديب، واشتقاقه من الكلب؛ لأن التأديب أكثر ما يكون في الكلاب، فاشتق من لفظه لكثرته في جنسه، وانتصاب ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] على الحال من ﴿عَلَّمْتُم﴾.

فإن قلتَ: ما فائدة هذه الحال وقد استغنى عنها بعلمتم؟

وَالحَدِيثِ بِهِ وَبِالإِرْسَالِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ آلَةً بِالتَّعْلِيمِ لِيَكُونَ عَامِلًا لَهُ فَيَتَرَسَّلُ بِإِرْسَالِهِ وَيُمْسِكُهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (تَعْلِيمُ الكَلْبِ أَنْ يَتْرُكَ الأَكْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَتَعْلِيمُ البَازِي أَنْ يَرْجِعَ وَيُجِيبَ إِذَا دَعَوْتَهُ) وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -؛ وَلِأَنَّ بَدَنَ البَازِيِّ لَا يَحْتَمِلُ الضَّرْبَ، وَبَدَنُ الكَلْبِ يَحْتَمِلُهُ فَيُضْرَبُ لِيَتْرُكَهُ، وَلِأَنَّ آيَةَ التَّعْلِيمِ تَرْكُ مَا هُوَ مَأْلُوفٌ عَادَةً، وَالبَازِيُّ مُتَوَحِّشٌ مُتَنَفِّرٌ فَكَانَتِ الإِجَابَةُ آيَةَ تَعْلِيمِهِ، وَأَمَّا الكَلْبُ فَهُوَ مَأْلُوفٌ يَعْتَادُ الِانْتِهَابَ فَكَانَ آيَةُ تَعْلِيمِهِ تَرْكَ مَأْلُوفِهِ وَهُوَ الأَكْلُ وَالِاسْتِلَابُ.

ثُمَّ شُرِطَ تَرْكُ الأَكْلِ ثَلَاثًا وَهَذَا عِنْدَهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛

قلتُ: فائدتُها أن يكون من يعلم الجوارح نحريرًا في علمه موصوفًا بالتكليب، و﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ حال ثانية، أو استئناف.

وفيه فائدة جليلة وهي أن على كل آخذٍ علماً أن لا يأخذه إلا من أنبل أهله علماً، وأنحرهم درايةً، وأغوصِهم على لطائفه وحقائقه، وإن احتاج إلى أن يضرب إليه أكباد الإبل، فكم من آخذ من غير متقن قد ضيع أيّامه وعضّ عند لقاء النحارير أنامله، كذا في «الكشاف».

قوله: وَلِأَنَّ آيَةَ التَّعْلِيمِ تَرْكُ مَا هُوَ مَأْلُوفٌ عَادَةً، وَالبَازِيُّ مُتَوَحِّشٌ، إلى أن قال: وَأَمَّا الكَلْبُ فَهُوَ مَأْلُوفٌ، ولكن هذا الفرق لا يتأتّى في الفهد أو النمر فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواءٌ فالمعتمد هو الأول، كذا في «المبسوط».

قوله: ثُمَّ شُرِطَ تَرْكُ الأَكْلِ ثَلَاثًا وَهَذَا عِنْدَهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، لكن بين هذه الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وبين قولهما فرق، ففي قولهما إنما يصير معلماً إذا صار ثلاثًا ولم يأكل منها فيحل حينئذٍ الرابع، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله على تلك الرواية يؤكل الصيد الثالث على ما يجيء في الكتاب.

لِأَنَّ فِيمَا دُونَهُ مَزِيدَ الِاحْتِمَالِ فَلَعَلَّهُ تَرَكَهُ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ شِبَعًا، فَإِذَا تَرَكَهُ ثَلَاثًا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ صَارَ عَادَةً لَهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِلِاخْتِبَارِ وَإِبْلَاءِ الْأَعْذَارِ كَمَا فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الأَخْبَارِ: وَلِأَنَّ الكَثِيرَ هُوَ الَّذِي يَقَعُ أَمَارَةً عَلَى العِلْمِ دُونَ القَلِيلِ، وَالجَمْعُ هُوَ الكَثِيرُ وَأَدْنَاهُ الثَّلَاثُ فَقُدِّرَ بِهَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ: لا يَثْبُتُ التَّعْلِيمُ مَا لَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّ الصَّائِدِ أَنَّهُ مُعَلَّمٌ، وَلا يُقَدَّرُ بِالثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ المَقَادِيرَ لا تُعْرَفُ اجْتِهَادًا بَلْ نَصًّا وَسَمَاعًا وَلَا سَمْعَ فَيُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ المُبْتَلَى بِهِ كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جِنْسِهَا، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الأُولَى عِنْدَهُ يَحِلُّ مَا اصْطَادَهُ ثَالِثًا وَعِنْدَهُمَا لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مُعَلَّمًا بَعْدَ تَمَامِ الثَّلَاثِ وَقَبْلَ التَّعْلِيمِ غَيْرُ مُعَلَّمٍ، فَكَانَ الثَّالِثُ صَيْدَ كَلْبٍ جَاهِلٍ وَصَارَ كَالتَّصَرُّفِ المُبَاشِرِ فِي سُكُوتِ المَوْلَى. وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ فَكَانَ هَذَا صَيْدَ

قوله: وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الأَخْبَارِ، كأنه أراد به قصة موسى عليه السلام؛ لأنه ذكر في «المبسوط» فقال:

فقدرنا ذلك بالثلاث؛ لأنه حسن للاختيار، والأصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلمه حيث قال في الثالثة: ﴿هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف: ٧٨]، وكذلك الشرع قدر مدَّة الخيار بثلاثة أيام للاختيار، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «إذا استأذن أحدكم ثلاثًا فلم يؤذن له فليرجع»، وقال عمر رضي الله عنه: «إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرَّات فليتحول إلى غيرها».

قوله: كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جِنْسِهَا، أي: أصل أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير، نحو جنس العريم، وحد التقادم، وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ، أي: أن ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث؛ لأنه إنما

جَارِحَةٍ مُعَلَّمَةٍ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ إِعْلَامٌ وَلا يَتَحَقَّقُ دُونَ عِلْمِ العَبْدِ وَذَلِكَ بَعْدَ المُبَاشَرَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ أَوْ بَازِيَهُ وَذَكَرَ اسْمَ اللهِ تَعَالَى عِنْدَ إِرْسَالِهِ فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ) لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الكَلْبَ أَوِ البَازِي آلَةٌ، وَالذَّبْحُ لا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الآلَةِ إِلَّا بِالِاسْتِعْمَالِ وَذَلِكَ فِيهِمَا بِالإِرْسَالِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الرَّمْيِ وَإِمْرَارِ السِّكِّينِ فَلا بُدَّ مِنَ التَّسْمِيَةِ عِنْدَهُ وَلَوْ تَرَكَهُ نَاسِيًا حَلَّ أَيْضًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُرْمَةُ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي الذَّبَائِحِ وَلا بُدَّ مِنَ الجُرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِيَتَحَقَّقَ الذَّكَاةُ الِاضْطِرَارِيُّ وَهُوَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ البَدَنِ بِانْتِسَابِ مَا وُجِدَ مِنَ الآلَةِ إِلَيْهِ بِالِاسْتِعْمَالِ، وَفِي ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] مَا يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الجُرْحِ؛ إِذْ هُوَ

يحكم بكونه معلمًا بطريق تعيين إمساكه الثالث على صاحبه، وإذا حكمنا بأنه يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَذَلِكَ فِيهِمَا، أي: والاستعمال في الكلب والبازي.

قوله: وَلا بُدَّ مِنَ الجُرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، حتى لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل أكله، ذكره في «الزيادات».

وكذلك إذا كسره من غير جرح لا يحل أكله، وأشار في «الأصل» إلى أنه يحل، والفتوى على ما ذكر في «الزيادات»، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] مَا يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الجُرْحِ؛ إِذْ هُوَ مِنَ الجُرْحِ بِمَعْنَى الجِرَاحَةِ فِي تَأْوِيلٍ، أي: في تأويل سوى التأويل

مِنَ الجُرْحِ بِمَعْنَى الجِرَاحَةِ فِي تَأْوِيلٍ فَيُحْمَلُ عَلَى الجَارِحِ الكَاسِبُ بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ وَلا تَنَافِيَ، وَفِيهِ أَخْذٌ بِاليَقِينِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَشْتَرِطُ رُجُوعًا إِلَى التَّأْوِيلِ الأَوَّلِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: (فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الكَلْبُ أَوِ الفَهْدُ لَمْ يُؤْكَلْ وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ البَازِي أُكِلَ) وَالفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي دَلَالَةِ التَّعْلِيمِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -

الأول الذي ذكر قبل هذا بصفحة بقوله: وَالجَوَارِحُ الكَوَاسِبُ فِي تَأْوِيلٍ.

وذكر في «المبسوط»: وفي معنى الجوارح قولان:

أحدهما: أن يكون جارحًا حقيقةً بنابه أو بمخلبه.

والثاني: الكواسب كما قال تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠]، أي: كسبتم، ثم قال: ويمكن حمله عليهما فيقال: الشرط أن يكون من الكواسب التي تجرح، وهو معنى قوله في الكتاب: فَيُحْمَلُ عَلَى الجَارِحِ الكَاسِبُ بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ وَلا تَنَافِيَ، وَفِيهِ أَخْذٌ بِاليَقِينِ؛ وذلك لأن النص إذا ورد وفيه اختلاف المعاني، فإن كان بينهما تنافٍ يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا جميعه، وإن لم يكن بينهما تنافٍ يثبت الجميع أخذًا بالمتيقن، كما ذكره فخر الإسلام رحمه الله في الحيض في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، قيل: أريد به الحبل، وقيل: الحيض، والصحيح أنَّهما مرادان؛ لأنه لا تنافي بينهما، فكذا هنا لا تنافي بين الكسب والجراحة.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، أراد به قوله: فَلَا تَنَافِيَ، وَفِيهِ أَخْذٌ بِاليَقِينِ.

قوله: فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الكَلْبُ أَوِ الفَهْدُ لَمْ يُؤْكَلْ؛ لأن ترك الأكل علامة كونه معلمًا، فلمَّا أكل من الصيد بعد الأخذ علم أنه غير معلم.

فإن قلتَ: يشكل على هذا مسألة الوثبة وهي: ما إذا وثب الكلب فأخذ الصيد من الصائد

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ القَدِيمِ فِي إِبَاحَةِ مَا أَكَلَ الكَلْبُ مِنْهُ (وَلَوْ أَنَّهُ صَادَ صُيُودًا وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهَا ثُمَّ أَكَلَ مِنْ صَيْدٍ لا يُؤْكَلُ هَذَا الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّهُ عَلَامَةُ الجَهْلِ، وَلا مَا يَصِيدُهُ بَعْدَهُ،

فأكل بعضه، فإن الباقي منه يؤكل على ما يجيء، فلو قيل: أنه لم يبق صيدًا بعد أخذ الصائد، قلنا: ولم يبق صيدًا أيضاً بعد قتل الكلب إيَّاه، ومع ذلك لو أكل منه بعد أن لم يكن صيدًا أيضاً بقتله لا يؤكل، وفي مسألة الوثبة يؤكل.

قلتُ: يجيء جوابه في مسألة الوثبة أيضًا.

قوله: وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي قَوْلِهِ القَدِيمِ، أي: في قول الشافعي رحمه الله، فإنَّهما يقولان: الكلب إذا أكل من الصيد الذي أخذه لا يحرم تناوله.

فإن قلتَ: ما جوابنا عمَّا تمسكا بحديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في صيد الكلب: كل وإن أكل منه»؛ ولأنه تناول اللحم دون الصيد؛ لأنه يقتله أولًا فيخرج به من أن يكون صيدًا وهو غير موجب للتحريم، كما لو فتش مخلاة صاحبه وتناول شيئاً من القديد من لحم الصيد.

قلتُ: جوابنا في ذلك قوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة: ٤]، والإمساك عليه هو أن لا يأكل منه، كذا في «الكشاف» وغيره.

وحين أكل منه فقد تبيَّن أنه أمسك على نفسه لا على صاحبه، وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لعدي بن حاتم رضي الله عنه: «فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلا تَأْكُلْ فَإِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ».

وأمَّا القياس الذي ذكروه فلا يقبل بمقابلة النص على ما قيل: إذا جاء نَهر الله بطل نَهر معقل، ذكر هذا المثل في «الكشاف» في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ إِذَا دَعَاكُمۡ دَعۡوَةً مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ إِذَآ أَنتُمۡ تَخۡرُجُونَ ۝٢٥﴾ [الروم: ٢٥].

وتأويل أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه إن صح: إنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ،

حَتَّى يَصِيرَ مُعَلَّمًا عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَاتِ كَمَا بَيَّنَّاهَا فِي الِابْتِدَاءِ، وَأَمَّا الصُّيُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ قَبْلُ فَمَا أَكَلَ مِنْهَا لا تَظْهَرُ الحُرْمَةُ فِيهِ لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ وَمَا لَيْسَ بِمُحْرَزٍ بِأَنْ كَانَ فِي المَفَازَةِ بِأَنْ لَمْ يَظْفَرْ صَاحِبُهُ بَعْدَ تَثَبُّتِ الحُرْمَةِ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَا هُوَ مُحْرَزٌ فِي بَيْتِهِ يَحْرُمُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، هُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ الأَكْلَ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى الجَهْلِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الحِرْفَةَ قَدْ تُنْسَى، وَلِأَنَّ فِيمَا أَحْرَزَهُ قَدْ أَمْضَى الحُكْمُ

أو مراده إذا ولغ في دم الصيد، وعندنا ذلك القدر لا يحرم، كذا في «المبسوط».

قوله: حَتَّى يَصِيرَ مُعَلَّمًا عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَاتِ كَمَا بَيَّنَّاهَا فِي الِابْتِدَاءِ، أراد به قوله: تَعْلِيمُ الكَلْبِ أَنْ يَتْرُكَ الأَكْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، إلى أن قال: وَهَذَا عِنْدَهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، إلى أن قال: وَعَلَى الرِّوَايَةِ الأُولَى عِنْدَهُ يَحِلُّ مَا اصْطَادَهُ ثَالِثًا، إلى آخره.

وفي «المبسوط»: ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلماً، بأن يصيد ثلاثًا فلا يأكل منها فيحل حينئذٍ الرابع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأمَّا أبو حنيفة رحمه الله فلم يوقت فيه وقتا، ولكن يقول: إذا صار عالماً فكل من صيده.

قوله: وَأَمَّا الصُّيُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ قَبْلُ فَمَا أَكَلَ مِنْهَا لا تَظْهَرُ الحُرْمَةُ فِيهِ لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ، وأمَّا ما باع المالك ممَّا قدد من صيوده فلا شكَّ أن على قولهما لا ينقض البيع فيه، وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَمَا هُوَ مُحْرَزٌ فِي بَيْتِهِ يَحْرُمُ عِنْدَهُ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وما قاله أبو حنيفة رحمه الله أقرب إلى الاحتياط، وعليه مبنى الحل والحرمة.

قوله: وَلِأَنَّ فِيمَا أَحْرَزَهُ قَدْ أَمْضَى الحُكْمُ فِيهِ بِالِاجْتِهَادِ فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ آخَرَ مِثْلِهِ؛ وفي «المبسوط»، و«الذخيرة»:

فِيهِ بِالاِجْتِهَادِ فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ مِثْلِهِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ بِالأَوَّلِ، بِخِلَافِ غَيْرِ المُحْرَزِ؛ لِأَنَّهُ مَا حَصَلَ المَقْصُودُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِبَقَائِهِ صَيْدًا مِنْ وَجْهٍ لِعَدَمِ الإِحْرَازِ فَحَرَّمْنَاهُ احْتِيَاطًا، وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ جَهْلِهِ مِنَ الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الحِرْفَةَ لا يُنْسَى أَصْلُهَا، فَإِذَا أَكَلَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَرَكَ الأَكْلَ لِلشِّبَعِ لا لِلْعِلْمِ، وَتَبَدَّلَ الِاجْتِهَادُ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ بِالأَكْلِ فَصَارَ كَتَبَدُّلِ اجْتِهَادِ القَاضِي قَبْلَ القَضَاءِ.

(وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَكَثَ حِينًا ثُمَّ صَادَ لا يُؤْكَلُ صَيْدُهُ)؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ مَا صَارَ بِهِ عَالِمًا فَيُحْكَمُ بِجَهْلِهِ كَالكَلْبِ إِذَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ (وَلَوْ شَرِبَ الكَلْبُ مِنَ

فالحاصل أن أبا حنيفة رحمه الله يحكم بجهله مستندًا، وهما يقولان: حكمنا بإباحة ما أحرزه المالك من صيوده بنوع اجتهاد مثله؛ لأن أكله من الصيد الذي يحتمل أن يكون لجهله، وترك الأكل فيما مضى لشبعه لا لعلمه، ويحتمل أن أكله لشدة جوعه؛ أو لأنه نسي ذلك وهذا لا يوجب جهله فيما مضى، فرجحنا ما يوجب الحرمة في المستقبل احتياطًا، ولكن لم ينقض ما حكمنا به من الإباحة فيما مضى بالاجتهاد الثاني؛ لأن الاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل، وليس بدليل في نقض ما أمضى بالاجتهاد، والحل في الصيود المحرزة حكم أمضى بالاجتهاد.

من أصحابنا من يقول: هذا إذا كان العهد قريبًا بأخذ تلك الصيود، وأمَّا إذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهرًا أو نحو ذلك وقدد صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود؛ لأن في المدة الطويلة يتحقق النسيان، فلا يكون ذلك دليل كونه غير معلم في ذلك الوقت، وفي المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة فيتبيَّن أنه كان غير معلم حين اصطاد تلك الصيود، وإنما لم يأكل منها للشبع لا للإمساك على صاحبه، والأظهر أن الخلاف في الفصلين جميعًا.

قوله: وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَكَثَ حِينًا ثُمَّ صَادَ لا يُؤْكَلُ صَيْدُهُ، معناه: رجع إلى صاحبه ثم صاد لا يؤكل، أمَّا لو صاد قبل الرجوع إلى صاحبه فلا شبهة في أنه لا يؤكل لعدم الإرسال.

دَمِ الصَّيْدِ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ أُكِلَ)؛ لِأَنَّهُ مُمْسِكٌ لِلصَّيْدِ عَلَيْهِ، وَهَذَا مِنْ غَايَةِ عِلْمِهِ حَيْثُ شَرِبَ مَا لا يَصْلُحُ لِصَاحِبِهِ وَأَمْسَكَ عَلَيْهِ مَا يَصْلُحُ لَهُ.

(وَلَوْ أَخَذَ الصَّيْدَ مِنَ المُعَلَّمِ ثُمَّ قَطَعَ مِنْهُ قِطْعَةً وَالقَاهَا إِلَيْهِ فَأَكَلَهَا يُؤْكَلُ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا فَصَارَ كَمَا إِذَا الْقَى إِلَيْهِ طَعَامًا غَيْرَهُ، وَكَذَا إِذَا وَثَبَ الكَلْبُ فَأَخَذَهُ مِنْهُ وَأَكَلَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ، وَالشَّرْطُ تَرْكُ الأَكْلِ مِنَ الصَّيْدِ فَصَارَ كَمَا إِذَا افْتَرَسَ شَاتَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُحْرِزَهُ المَالِكُ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ

قوله: وَلَوْ أَخَذَ الصَّيْدَ مِنَ المُعَلَّمِ، أي: أخذ الصائد الصيدَ من الكلب المعلَّم.

قوله: وَكَذَا إِذَا وَثَبَ الكَلْبُ فَأَخَذَهُ مِنْهُ وَأَكَلَ مِنْهُ، أي: يؤكل ما بقي.

فوجه الفرق بين هذا وبين ما إذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد حيث لا يؤكل، وفي هذه الصورة وهي ما إذا أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل، وتعليل الكتاب هاهنا **بقوله:** لِأَنَّهُ مَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ، شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم.

والأوجه فيه هو أن الفرق إنما ينشأ بينهما من حيث وجود الإمساك لصاحبه وعدم الإمساك له، فهاهُنا - أي: في مسألة الوثبة - لمَّا لم يأكل من الصيد إلى أن أخذ صاحبه، قد تمَّ إمساكه على صاحبه حين لم يأخذ منه حتى وصل إلى يد صاحبه، وبعد ذلك انتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء، فلا يخرج به من أن يكون معلمًا، وهناك لمَّا أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم أنه إنما أمسكه لنفسه لا لصاحبه، فخرج به من أن يكون معلمًا.

ولأن هذا من عادة الصيادين، وهو أن يأخذ الصياد الصيدَ من الكلب ثم يرمي بقطعة منه إلى الكلب، وكان الكلب طالبه بهذه العادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله، وأمَّا هناك فلم تجر العادة بأن يمكن الصائد الكلب من أكله من الصيد، فكان أكله في ذلك الوقت دليل

جِهَةُ الصَّيْدِيَّةِ (وَلَوْ نَهَسَ الصَّيْدَ فَقَطَعَ مِنْهُ بِضْعَةً فَأَكَلَهَا ثُمَّ أَدْرَكَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ صَيْدُ كَلْبٍ جَاهِلٍ حَيْثُ أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ (وَلَوْ أَلْقَى مَا نَهَسَهُ وَاتَّبَعَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ وَأَخَذَهُ صَاحِبُهُ ثُمَّ مَرَّ بِتِلْكَ البِضْعَةِ فَأَكَلَهَا يُؤْكَلُ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَكَلَ مِنْ نَفْسِ الصَّيْدِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ لَمْ يَضُرَّهُ، فَإِذَا أَكَلَ مَا بَانَ مِنْهُ وَهُوَ لا يَحِلُّ لِصَاحِبِهِ أَوْلَى، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ فِي حَالَةِ الِاصْطِيَادِ فَكَانَ جَاهِلًا مُمْسِكًا لِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ نَهَسَ البِضْعَةِ قَدْ يَكُونُ لِيَأْكُلَهَا وَقَدْ يَكُونُ حِيلَةً فِي الِاصْطِيَادِ لِيَضْعُفَ بِقَطْعِ القِطْعَةِ مِنْهُ فَيُدْرِكَهُ، فَالأَكْلُ قَبْلَ الأَخْذِ يَدُلُّ عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَبَعْدَهُ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي فَلَا يَدُلُّ عَلَى جَهْلِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَدْرَكَ المُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، وَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى

جهله، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ أَدْرَكَ المُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، إلى آخره، يجب أن يعلم بأن مثل هذا الكلام في أربعة مواضع:

أحدها: الشاة أو غيرها، إذا مرض وبقي فيها من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح.

والثاني: إذا قطع الذئب بطن الشاة وتبقى فيها من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح فأخذه المالك.

والثالث: الكلب المعلَّم المرسل إذا جرح الصيد وتبقى من الحياة ما يبقى من المذبوح بعد الذبح ثم أخذه المالك.

والرابع: إذا رمي صيدًا فأصابه وبقي من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح فرماه آخر وقتله.

ففي الموضع الأول والثاني: عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله: لا تقبل الذكاة،

مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ، وَكَذَا البَازِيُّ وَالسَّهْمُ)؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالبَدَلِ، إِذِ المَقْصُودُ هُوَ الإِبَاحَةُ وَلَمْ تَثْبُتْ قَبْلَ مَوْتِهِ فَبَطَلَ حُكْمُ البَدَلِ، وَهَذَا إِذَا تَمَكَّنَ مِنْ ذَبْحِهِ أَمَّا إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ ذَبْحِهِ وَفِيهِ مِنَ الحَيَاةِ فَوْقَ مَا يَكُونُ فِي المَذْبُوحِ لَمْ يُؤْكَلْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَحِلُّ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الأَصْلِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَأَى المَاءَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الِاسْتِعْمَالِ، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَدَرَ اعْتِبَارًا؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ يَدَهُ عَلَى المَذْبَحِ، وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ التَّمَكُّنِ مِنَ الذَّبْحِ، إِذْ لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ لَهُ

حتى لو ذكاها لا تحل.

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله، ونص القاضي الإمام الإسبيجابي رحمه الله أنَّها تقبل حتى لو ذكاها تحل، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهو اختيار الصدر الشهيد رحمه الله، ذكره في الباب الأول من صيد «واقعاته».

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنَّها لا تقبل الذكاة، حتى لو ذبحها لا يحل أكلها على قول أبي حنيفة رحمه الله.

فالحاصل أن الحياة لها عبرة عند أبي حنيفة رحمه الله وإن قلت، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله اتفقا على أن قليل الحياة لا عبرة له، وقدرُ القليل ما يبقى في المذبوح.

واتفقا أيضًا أن كثير الحياة له عبرة، وبعد ذلك اختلفا فيما بينهما، فأبو يوسف رحمه الله قدر الكثير بأكثر اليوم والليلة، ومحمد رحمه الله قدره بيوم.

وفي الموضع الثالث والرابع: إذا كان الباقي من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله: أنه لا تقبل الذكاة بالإجماع، حتى لو أخذه المالك رحمه الله كذلك ولم يذكه حل، ولم يذكر ما إذا كان الباقي من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بعد الذبح، كذا في «الذخيرة».

مِنْ مُدَّةٍ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِيهَا عَلَى حَسَبِ تَفَاوُتِهِمْ فِي الكِيَاسَةِ وَالهِدَايَةِ فِي أَمْرِ الذَّبْحِ فَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَقِيَ فِيهِ مِنَ الحَيَاةِ مِثْلُ مَا يَبْقَى فِي المَذْبُوحِ؛ لِأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَهُوَ بِهَذِهِ الحَالَةِ لَمْ يَحْرُمْ كَمَا إِذَا وَقَعَ وَهُوَ مَيِّتٌ وَالمَيِّتُ لَيْسَ بِمُذْبَحٍ وَفَصَّلَ بَعْضُهُمْ فِيهَا تَفْصِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ لِفَقْدِ الآلَةِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ بِضِيقِ الوَقْتِ لَمْ يُؤْكَلْ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا فَبَطَلَ حُكْمُ ذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ يُتَوَهَّمُ بَقَاؤُهُ، أَمَّا إِذَا شَقَّ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيهِ ثُمَّ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ حَلَّ؛ لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ المَذْبُوحِ فَلَا يُعْتَبَرُ كَمَا إِذَا وَقَعَتْ شَاةٌ فِي المَاءِ بَعْدَمَا ذُبِحَتْ وَقِيلَ هَذَا قَوْلُهُمَا، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلَا يُؤْكَلُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ رَدًّا إِلَى المُتَرَدِّيَةِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا تَرَكَ التَّذْكِيَةَ، فَلَوْ أَنَّهُ ذَكَّاهُ حَلَّ أَكْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَكَذَا المُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَالمَوْقُوذَةُ، وَالَّذِي يَبْقُرُ

قوله: وَالمَيِّتُ لَيْسَ بِمُذْبَحٍ، أي: ليس بمحل للذبح.

قوله: لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ المَذْبُوحِ، لا الحياة المعتبرة.

قوله: رَدًّا إِلَى المُتَرَدِّيَةِ، أي: اعتبارًا.

قوله: هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا تَرَكَ التَّذْكِيَةَ، أي: الذي ذكرنا أنه لا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله أيضًا ممَّا شق بطنه وأخرج ما فيه.

قوله: وَكَذَا المُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ، أي: تحل بالذبح إذا كانت حية أيَّةَ حياةٍ كانت.

الذِّئْبُ بَطْنَهُ وَفِيهِ حَيَاةٌ خَفِيَّةٌ أَوْ بَيِّنَةٌ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] اسْتَثْنَاهُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِذَا كَانَ بِحَالٍ لا يَعِيشُ مِثْلُهُ لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَوْتُهُ بِالذَّبْحِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ يَعِيشُ فَوْقَ مَا يَعِيشُ المَذْبُوحُ يَحِلُّ وَإِلَّا فَلا؛ لِأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِهَذِهِ الحَيَاةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ.

(وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ، فَإِنْ كَانَ فِي وَقْتٍ لَوْ أَخَذَهُ أَمْكَنَهُ ذَبْحُهُ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ المَقْدُورِ عَلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ لا يُمْكِنُهُ ذَبْحُهُ أُكِلَ)؛ لِأَنَّ اليَدَ لَمْ تَثْبُتْ بِهِ، وَالتَّمَكُّنُ مِنَ الذَّبْحِ لَمْ يُوجَدْ (وَإِنْ أَدْرَكَهُ فَذَكَّاهُ حَلَّ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَالذَّكَاةُ وَقَعَتْ مَوْقِعَهَا بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ؛ فَعِنْدَ أَبِي

وفي «المبسوط»: وما أدركت ذكاته من المتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، ونظائرها فتذكيته حل، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا علم أنَّها كانت حية حين ذبحها حلت، سواء كانت الحياة فيه متوهمة البقاء، أو غير متوهمة البقاء؛ لأن المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكاة وقد حصل، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان يتوهم أن يعيش يومًا، أو أكثر يحل بالذكاة.

قوله: وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، أي: وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، أراد به قوله: **لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ المَذْبُوحِ فَلَا يُعْتَبَرُ.**

قوله: وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ، فالمسائل المتقدمة فيما إذا أخذه الصائد، وهاهُنا أدركه ولم يأخذه.

قوله: وَإِنْ كَانَ لا يُمْكِنُهُ أَخْذُهُ أُكِلَ، وهذا موافق لما ذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله وقال: ولو رمى صيدًا فأصابه فلمَّا انتهى إليه ليأخذه ماتَ قبل أن يقع في يده فلا بأس بأكله.

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - ذَكَاتُهُ الذَّبْحُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ وُجِدَ، وَعِنْدَهُمَا لا يُحْتَاجُ إلَى الذَّبْحِ.

(وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ عَلَى صَيْدٍ وَأَخَذَ غَيْرَهُ حَلَّ) وَقَالَ مَالِكٌ: لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ إرْسَالٍ؛ إذِ الإِرْسَالُ مُخْتَصٌّ بِالمُشَارِ إلَيْهِ، وَلَنَا أَنَّهُ شَرْطٌ غَيْرُ مُفِيدٍ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ حُصُولُ الصَّيْدِ إذْ لا يَقْدِرُ عَلَى الوَفَاءِ بِهِ؛ إذْ لا يُمْكِنُهُ تَعْلِيمُهُ عَلَى وَجْهٍ يَأْخُذُ مَا عَيَّنَهُ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ (وَلَوْ أَرْسَلَهُ عَلَى صَيْدٍ كَثِيرٍ وَسَمَّى مَرَّةً وَاحِدَةً حَالَةَ الإِرْسَالِ، فَلَوْ قَتَلَ الكُلَّ يَحِلُّ بِهَذِهِ التَّسْمِيَةِ الوَاحِدَةِ)؛ لِأَنَّ الذَّبْحَ يَقَعُ بِالإِرْسَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ وَالفِعْلُ وَاحِدٌ فَيَكْفِيهِ تَسْمِيَةٌ وَاحِدَةٌ،

قوله: عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا.

قوله: وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ عَلَى صَيْدٍ - أي: على صيد معين - وَأَخَذَ غَيْرَهُ حَلَّ، أي: ما دام في وجه إرساله؛ لأن الإرسال قد صلح من المسلم موجبًا للحل، وتعيين الصيد في الإرسال ليس بشرطٍ، إلا على قول مالك رحمه الله فإنه كان يقول: التعيين شرط، حتى إذا ترك التعيين كان هو كترك الإرسال، وعن ابن أبي ليلى: التعيين ليس بشرطٍ، ولكن إذا عين اعتبر تعيينه حتى إذا ترك ذلك وأخذ غيره لا يحل.

ولكنا نقول: الشرط ما في وسعه إيجاده وهو الإرسال، وأمّا التعيين فليس في وسعه؛ لأنه لا يمكنه أن يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ إلا ما يعينه؛ ولأن التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب، فإن الصيود كلها فيما يرجع إلى مقصوده سواءٌ، وكذلك في حق الكلب؛ لأن قصده إلى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الذَّبْحَ يَقَعُ بِالإِرْسَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ - أي: في أوائل كتاب الذبائح حيث قال: وَفِي الصَّيْدِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ - وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ، أي: عند الإرسال.

بِخِلَافِ ذَبْحِ الشَّاتَيْنِ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ تَصِيرُ مَذْبُوحَةً بِفِعْلٍ غَيْرِ الأَوَّلِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةٍ أُخْرَى، حَتَّى لَوْ أَضْجَعَ إِحْدَاهُمَا فَوْقَ الأُخْرَى، وَذَبَحَهُمَا بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ تَحِلَّانِ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ.

(وَمَنْ أَرْسَلَ فَهْدًا فَكَمَنَ حَتَّى يَسْتَمْكِنَ ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ يُؤْكَلُ)؛ لِأَنَّ مُكْثَهُ ذَلِكَ حِيلَةٌ مِنْهُ لِلصَّيْدِ لا اسْتِرَاحَةٌ فَلَا يَقْطَعُ الإِرْسَالَ (وَكَذَا الكَلْبُ إِذَا اعْتَادَ عَادَتَهُ، وَلَوْ أَخَذَ الكَلْبُ صَيْدًا فَقَتَلَهُ ثُمَّ أَخَذَ آخَرَ فَقَتَلَهُ وَقَدْ أَرْسَلَهُ صَاحِبُهُ أُكِلَا جَمِيعًا)؛

قوله: بِخِلَافِ ذَبْحِ الشَّاتَيْنِ، أي: على التعاقب.

قوله: وَمَنْ أَرْسَلَ فَهْدًا فكَمَنَ، أي: توارى واستخفى.

قوله: لِأَنَّ مُكْثَهُ ذَلِكَ حِيلَةٌ مِنْهُ لِلصَّيْدِ لا اسْتِرَاحَةٌ؛ لأن هذا عادة للفهد ظاهرة أنه يكمَنُ ولا يعدوا على أثر الصيد فيسقط اعتباره؛ ولأنه يحقق ما قصده صاحبه بالإرسال فلا ينقطع به فور الإرسال كالوثوب.

قال رحمه الله: وكان شيخنا الإمام رحمه الله - أراد به شمس الأئمة الحلواني - أنه كان يقول: للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه:

من ذلك: أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه، وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه، ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه.

ومنه: أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه، وهو يقول: هو المحتاج إليَّ فلا أذل له، وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره.

ومنه: أنه لا يتعلم بالضرب، ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك، وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل: السعيد من وعظ بغيره.

ومنه: أنه لا يتناول الخبيث وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب، وهكذا ينبغي

لِأَنَّ الإِرْسَالَ قَائِمٌ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ رَمَى سَهْمًا إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَهُ وَأَصَابَ آخَرَ (وَلَوْ قَتَلَ الأَوَّلَ فَجَثَمَ عَلَيْهِ طَوِيلًا مِنَ النَّهَارِ ثُمَّ مَرَّ بِهِ صَيْدٌ آخَرُ فَقَتَلَهُ لا يُؤْكَلُ الثَّانِي) لِانْقِطَاعِ الإِرْسَالِ بِمُكْثِهِ إِذْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ حِيلَةً مِنْهُ لِلأَخْذِ وَإِنَّمَا كَانَ اسْتِرَاحَةً، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

(وَلَوْ أَرْسَلَ بَازِيَهُ المُعَلَّمَ عَلَى صَيْدٍ فَوَقَعَ عَلَى شَيْءٍ ثُمَّ اتَّبَعَ الصَّيْدَ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ فَإِنَّهُ يُؤْكَلُ) وَهَذَا إِذَا لَمْ يَمْكُثْ زَمَانًا طَوِيلًا لِلاسْتِرَاحَةِ، وَإِنَّمَا مَكَثَ سَاعَةً لِلتَّمْكِينِ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِي الكَلْبِ (وَلَوْ أَنَّ بَازِيًا مُعَلَّمًا أَخَذَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ وَلا يُدْرَى أَرْسَلَهُ إِنْسَانٌ أَمْ لا لا يُؤْكَلُ) لِوُقُوعِ الشَّكِّ فِي الإِرْسَالِ، وَلا تَثْبُتُ الإِبَاحَةُ بِدُونِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ خَنَقَهُ الكَلْبُ وَلَمْ يَجْرَحْهُ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّ الجُرْحَ شَرْطٌ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهَذَا يَدُلُّكَ عَلَى أَنَّهُ لا يَحِلُّ بِالكَسْرِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا كَسَرَ عُضْوًا فَقَتَلَهُ لا بَأْسَ بِأَكْلِهِ؛ لِأَنَّهُ جِرَاحَةٌ بَاطِنَةٌ فَهِيَ كَالجِرَاحَةِ الظَّاهِرَةِ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ المُعْتَبَرَ جُرْحٌ يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِإِنْهَارِ الدَّمِ وَلا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالكَسْرِ فَأَشْبَهَ التَّخْنِيقَ.

قَالَ: (وَإِنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ أَوْ كَلْبُ مَجُوسِيٍّ أَوْ كَلْبٌ لَمْ يَذْكُرِ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ

للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب.

ومنه: أنه يثب ثلاثًا أو خمسًا، فإن تمكن من الصيد أخذ وإلا تركه، ويقول: لا أقتل نفسي فيما أعمل لغيري، وكذلك ينبغي لكل عاقل، كذا في «المبسوط».

قوله: لا يُؤْكَلُ لِوُقُوعِ الشَّكِّ، أي: لكونه ميتة؛ لا لأنه مال الغير.

يُرِيدُ بِهِ عَمْدًا لَمْ يُؤْكَلْ) لِمَا رَوَيْنَا فِي حَدِيثِ عَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّهُ اجْتَمَعَ الْمُبِيحُ وَالْمُحْرِمُ فَيَغْلِبُ جِهَةُ الْحُرْمَةِ نَصًّا أَوِ احْتِيَاطًا.

(وَلَوْ رَدَّهُ عَلَيْهِ الكَلْبُ الثَّانِي وَلَمْ يَجْرَحْهُ مَعَهُ وَمَاتَ بِجُرْحِ الأَوَّلِ يُكْرَهُ أَكْلُهُ)

قوله: فَيَغْلِبُ جِهَةُ الحُرْمَةِ نَصًّا، أي: بالنص، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال».

قوله: وَلَوْ رَدَّهُ عَلَيْهِ الكَلْبُ الثَّانِي، أي: ولو ردَّ الكلب الثانِي الصيد على الكلب الأول، يعني: إذا كان الصيد يفر من الكلب الأول فاستقبله كلب آخر غير معلم فردَّه حتى أخذه الكلب الأول يكره أكله.

وحاصله أن هاهُنا فصولًا ثلاثة:

في الأول: الحرمة، وهو فيما إذا شارك الكلب المعلم كلب غير معلم في الأخذ والجرح.

وفي الثانِي: الكراهة، وهو فيما إذا عاونه غير المعلم في أخذ الصيد، ولم يشاركه في الأخذ والجرح بل رد الصيد حتى أخذه الأول، فلمَّا تفرد الأول في الأخذ والجرح غلب جانب الحل، فأوجب إعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة، لعدم المشاركة في الأخذ والجرح.

وفي الثالث: الإباحة، وهو فيما إذا ازداد اشتداد الأول بسبب غير المعلم، ولم يوجب الحرمة ولا الكراهة، لعدم مشاركته وإعانته في الصيد، بل كان أثر فعله في الكلب لا في الصيد، ولم يوجب الكراهة في الصيد لذلك؛ وهذا لأن في الفصيل الأول استوت الحرمة والإباحة؛ لأن الشركة وجدت في الأخذ والجرح جميعًا فوجبت الحرمة، كما لو وقع المرمي في الماء.

وفي الفصل الثانِي يرجح ما يوجب الحل على ما يوجب الحرمة؛ لأن الكلب الثانِي الذي هو غير معلم عاون الأول في الأخذ لا في الجرح، بل الأول تفرد بجرحه وهو مما يمكن الاحتراز عنه، كما إذا توارى الصيد عنه وقد اشتغل بعمل آخر ثم وجده قتيلًا بجرح الكلب لا غير، فإنه تثبت الكراهة؛ لأن سبب الإباحة ترجح لتحققه، وسبب الحرمة موهوم وهو مما يمكن الاحتراز عنه فأوجب الكراهة.

لِوُجُودِ الْمُشَارَكَةِ فِي الأَخْذِ وَفَقْدِهَا فِي الجُرْحِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهُ الْمَجُوسِيُّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ لا يُكْرَهُ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَجُوسِيِّ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ فِعْلِ الكَلْبِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُشَارَكَةُ وَتَتَحَقَّقُ بَيْنَ فِعْلَي الكَلْبَيْنِ لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ.

(وَلَوْ لَمْ يَرُدَّهُ الكَلْبُ الثَّانِي عَلَى الأَوَّلِ لَكِنَّهُ أَشَدَّ عَلَى الأَوَّلِ حَتَّى اشْتَدَّ عَلَى الصَّيْدِ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ لا بَأْسَ بِأَكْلِهِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي أَثَّرَ فِي الكَلْبِ الْمُرْسَلِ دُونَ الصَّيْدِ حَيْثُ ازْدَادَ بِهِ طَلَبًا فَكَانَ تَبَعًا لِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَلَا يُضَافُ الأَخْذُ إِلَى التَّبَعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَدَّهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ تَبَعًا فَيُضَافُ إِلَيْهِمَا.

قَالَ: (وَإِذَا أَرْسَلَ الْمُسْلِمُ كَلْبَهُ،

وفي الفصل الثالث: يرجح ما يوجب الحل على وجه لم يورث في الصيد ما يوجب الكراهة فبقي على أصل الحل، إلى هذا أشار شيخ الإسلام رحمه الله.

ولكن جعل في «المبسوط» حكم الفصل الثاني كحكم الفصل الأول في الحرمة، فقال بعدما ذكر الأول أنه لا يحل أكله: وكذلك إن رد الصيد عليه حتى أخذه، أو ردَّه عليه سبع حتى أخذه؛ لأنه قد أعانه على أخذ الصيد، وبهذه الإعانة تثبت المشاركة بين الفعلين، والبازي في ذلك كالكلب؛ لأن فعل ما ليس بمعلم محرم للصيد، البازي والكلب فيه سواء.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهُ الْمَجُوسِيُّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ لا يُكْرَهُ، وكذلك لو ردَّ عليه دابة أو طير لا يكره؛ لأن فعل هؤلاء ليس من جنس فعل الكلب فلم يتحقق المشاركة، أمَّا لو ردَّه كلب آخر غير معلم، أو سبع، أو ذو مخلب من الطير ممَّا يجوز أن يعلم فيصاد به، فرد الصيد على الكلب، أو هيبه، أو فعل ما يكون معونة للكلب، فأخذه الأول لم يؤكل؛ لأن مشاركة الكلب هكذا تكون، كذا في «الإيضاح».

قوله: لَكِنَّهُ اشْتَدَّ عَلَى الأَوَّلِ، ضمن الاشتداد هنا معنى الإغراء فعدي تعديته، أو: اشْتَدَّ، هنا بمعنى: اتبع.

فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ فَلَا بَأْسَ بِصَيْدِهِ) وَالمُرَادُ بِالزَّجْرِ الإِغْرَاءُ بِالصِّيَاحِ عَلَيْهِ، وَبِالِانْزِجَارِ إِظْهَارُ زِيَادَةِ الطَّلَبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ الفِعْلَ يُرْفَعُ بِمَا هُوَ فَوْقَهُ أَوْ مِثْلُهُ كَمَا فِي نَسْخِ الآيِ، وَالزَّجْرُ دُونَ الإِرْسَالِ لِكَوْنِهِ بِنَاءً عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَهُ مَجُوسِيٌّ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّ الزَّجْرَ دُونَ

قوله: فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانْزَجَرَ، يقال: زجر الكلب فانزجر، أي: هيَّجه فهاجَ، كذا في «الطلبة».

قوله: وَالزَّجْرُ دُونَ الإِرْسَالِ؛ لأن الإرسال يشترط في حل الصيد دون الزجر؛ ولأن الإرسال أصل والزجر بناء عليه، وبهذا يشترط التسمية عند الإرسال دون الزجر، فعُلِم بِهذا أنه لا اعتبار لزجر أحدٍ عند وجود الإرسال من آخر بل الاعتبار للإرسال لا للزجر.

فإن قلتَ: يشكل على هذا مسألتان:

إحداهما: أن المحرم إذا زجر كلب الحلال يجب عليه الجزاء، فلو كان الاعتبار للإرسال لا للزجر لما وجب الجزاء على المحرم إذا زجر.

والثانية: المسألة التي تليه وهي قوله: وَإِنْ لَمْ يُرْسِلْهُ أَحَدٌ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ فَأَخَذَ الصَّيْدَ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ، حيث اعتبر الزجر في حل الصيد كالإرسال، فعُلِم بِهذا أن للزجر اعتبارًا.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول: فإن الجزاء على المحرم يجب بما هو أقل من الزجر وهو الدلالة، وبما هو مثله وهو الإعانة بحكم الحديث، فلمَّا وجب بما دون الزجر وهو الدلالة فلأَن يجب بالزجر بالطريق الأَوْلَى.

وأمَّا عن الثاني: فإن الزجر لا اعتبار له بمقابلة الإرسال الذي هو أقوى منه، وأمَّا إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه فله اعتبار، على أن هذا الذي ذكره في الكتاب في مسألة الانفلات هو جواب الاستحسان، وأمَّا جواب القياس فهو أن لا يحل أكله.

فوجه القياس هو أن الإرسال أقيم مقام الذكاة، فإذا لم يوجد الإرسال انعدم الذكاة حقيقةً وحكمًا فلا يحل.

الإِرْسَالِ وَلِهَذَا لَمْ تَثْبُتْ بِهِ شُبْهَةُ الحُرْمَةِ فَأَوْلَى أَنْ لا يَثْبُتَ بِهِ الحِلُّ، وَكُلُّ مَنْ لا تَجُوزُ ذَكَاتُهُ كَالمُرْتَدِّ وَالمُحْرِمِ وَتَارِكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ المَجُوسِيِّ (وَإِنْ لَمْ يُرْسِلْهُ أَحَدٌ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ فَأَخَذَ الصَّيْدَ فَلا بَأْسَ بِأَكْلِهِ)؛ لِأَنَّ الزَّجْرَ مِثْلُ الِانْفِلاتِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ دُونَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَهُوَ فَوْقَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فِعْلُ المُكَلَّفِ فَاسْتَوَيَا فَصَلَحَ نَاسِخًا.

(وَلَوْ أَرْسَلَ المُسْلِمُ كَلْبَهُ عَلَى صَيْدٍ وَسَمَّى فَأَدْرَكَهُ فَضَرَبَهُ وَوَقَذَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ

وأمّا وجه الاستحسان فإن الانزجار عقيب الزجر طاعةً دلالةً فيجب اعتباره ويجعل إرسالًا، إلا إذا كان فيه إبطال السبب على غيره كما في الفصل الأول والثاني، وهنا ليس فيه إبطال السبب على غيره فيجعل إرسالًا، إلى هذا أشار في «الجامع الصغير» لقاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَلِهَذَا لَمْ تَثْبُتْ بِهِ - أي: بزجر المجوسي - شُبْهَةُ الحُرْمَةِ، مع أن الحرمة أسرع ثبوتًا، ولهذا عند اجتماع سببي الحل والحرمة كانت الغلبة للحرمة.

قوله: فَأَوْلَى أَنْ لا يَثْبُتَ بِهِ الحِلُّ، أي: بزجر المسلم.

قوله: لِأَنَّ الزَّجْرَ مِثْلُ الِانْفِلاتِ، من حيث أن كل واحدٍ منهما غير مشروطٍ في حل الصيد، بخلاف الإرسال.

قوله: لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ دُونَهُ، أي: لأن الزجر إن كان دون الانفلات من وجه من حيث أن الزجر بناء على الانفلات، ولكن الزجر فوق الانفلات من وجه آخر من حيث أن الزجر فعل المكلف فاستويا، فصلح الزجر ناسخًا للانفلات؛ لأن الزجر آخر المستويين؛ لأن النسخ يثبت بمثل هذه كما في نسخ الآي، فلذلك اعتبر زجر المسلم بعد الانفلات حتى أكل الصيد بزجر المسلم.

يقال: وَقَذَهُ، أثخنه ضربًا.

أُكِلَ، وَكَذَا إِذَا أَرْسَلَ كَلْبَيْنِ فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ أُكِلَ)؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنِ الجُرْحِ بَعْدَ الجُرْحِ لا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّعْلِيمِ فَجُعِلَ عَفْوًا.

(وَلَوْ أَرْسَلَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَلْبًا فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا وَقَتَلَهُ الآخَرُ أُكِلَ) لِمَا بَيَّنَّا (وَالمِلْكُ لِلْأَوَّلِ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ أَخْرَجَهُ عَنْ حَدِّ الصَّيْدِيَّةِ إِلَّا أَنَّ الإِرْسَالَ مِنَ الثَّانِي حَصَلَ عَلَى الصَّيْدِ، وَالمُعْتَبَرُ فِي الإِبَاحَةِ وَالحُرْمَةِ حَالَةُ الإِرْسَالِ فَلَمْ يَحْرُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الإِرْسَالُ مِنَ الثَّانِي بَعْدَ الخُرُوجِ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ بِجُرْحِ

قوله: وَلَوْ أَرْسَلَ المُسْلِمُ كَلْبَهُ عَلَى صَيْدٍ، إلى أن قال: لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنِ الجُرْحِ بَعْدَ الجُرْحِ لا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّعْلِيمِ فَجُعِلَ عَفْوًا، وهذا جواب لما يرد شبهة في هذه المسألة وهي: أن الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد إنما حصلت بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيدية، فينبغي أن لا يحل أكله؛ لأن الصيد بعد الإثخان كان ملحقًا بالشاة والبقر فيحل بالذبح لا بالضرب.

فأجاب عنه وقال: تعليم الكلب على وجه يمتنع عن الجرح بعد الخروج عن الصيدية متعذر، وما تعذَّر رفعُه تقرر عفوه، وكذلك في الكلبين.

قوله: فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ أُكِلَ، هذا إذا أرسلهما معًا، فأمَّا إذا أرسل رجل كلبه المعلم على صيد فكسر رجله أو عقره عقرًا أخرجه عن الصيدية، ثم إن رجلًا آخر أرسل كلبه على ذلك الصيد فكسر رجله الأخرى، أو عقره عقرًا فماتَ الصيد من العقرين فنقول: الصيد للأول ولا يحل تناوله، وهذا إذا أرسل الثاني كلبه بعدما أثخن الكلب الأول.

فلو أن الكلب الأول جرحه ولكن لم يثخنه حتى أرسل الثاني كلبه، فأصابه وأثخنه فالصيد للثاني ويحل تناوله، ولو كان كل واحدٍ من الجرحين بحال لا يخرجه من الصيدية عند الانفراد ولكن عند الاجتماع خرج من الصيدية فالصيد لهما، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الإِرْسَالُ مِنَ الثَّانِي بَعْدَ الخُرُوجِ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ بِجُرْحِ الكَلْبِ

الكَلْبِ الأَوَّلِ.

الأَوَّلِ، حيث لا يحل أكله؛ لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد ذلك بالذبح في المذبح لا بجرح الكلب والرمي، فجرح الكلب في مثله موجب للحرمة، ولمَّا اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة، وكذلك حكم الرمي على هذا التفصيل على ما يجيء إن شاء الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الرَّمْيِ)

(وَمَنْ سَمِعَ حِسًّا ظَنَّهُ حِسَّ صَيْدٍ فَرَمَاهُ أَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا أَوْ بَازِيًا عَلَيْهِ فَأَصَابَ صَيْدًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ صَيْدٍ حَلَّ الْمُصَابُ) أَيَّ صَيْدٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الِاصْطِيَادَ،

فصل في الرمي

لمَّا فرغ من حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية.

الحِسُّ والحسيس: الصوت الخفي.

قوله: وَمَنْ سَمِعَ حِسًّا ظَنَّهُ حِسَّ صَيْدٍ فَرَمَاهُ ... فَأَصَابَ صَيْدًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ صَيْدٍ حَلَّ الْمُصَابُ، صورته: هي أن رجلًا سمع حس صيدٍ فرماه على ظن أنه صيد، فظهر أن الذي سمع حسه كان ذئبًا أو حمار وحشٍ ولكن سهمه أصاب الظبي يؤكل الظبي المصاب.

وقوله: حَلَّ الْمُصَابُ أَيَّ صَيْدٍ كَانَ، فانتصاب (أَيَّ) على أنه خبر (كَانَ)، أي: كان الصيد الذي سمع حسه أي صيد كان، أي: سواء كان صيدًا يؤكله لحمه أو لا يؤكل.

فإن قلتَ: يشكل على هذا الإطلاق ما لو كان المسموع حسّه سمكة، فظنه طيرَ الماء، أو كان ذلك الحس حس جراد فظنه صيدًا، فأصابَ الرمي الصيد لم يؤكل الصيد، والمسألة في «المغني»، مع أن السمكة والجراد من جملة الصيود.

قلتُ: كان من حق لفظ الكتاب أن يزاد قيد آخر ويقال: ثم تبيَّن أنه حس صيد يحتاج في حل أكله إلى الذبح أو الجرح، وترك ذلك لتسارع أفهام الناس في الاصطياد إلى ما يشترط ذبحه أو جرحه من الصيود، ثمَّ لمَّا ظهر أن المسموع حسه سمكة أو جراد إنما لم يؤكل

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ خَصَّ مِنْ ذَلِكَ الخِنْزِيرَ لِتَغْلِيظِ التَّحْرِيمِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا تَثْبُتُ الإِبَاحَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِخِلَافِ السِّبَاعِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي جِلْدِهَا وَزُفَرُ خَصَّ مِنْهَا مَا لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ؛ لِأَنَّ الإِرْسَالَ فِيهِ لَيْسَ لِلْإِبَاحَةِ، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اسْمَ الاصْطِيَادِ لا يَخْتَصُّ بِالمَأْكُولِ فَوَقَعَ الفِعْلُ اصْطِيَادًا وَهُوَ فِعْلٌ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ، وَإِبَاحَةُ التَّنَاوُلِ تَرْجِعُ إِلَى المَحَلِّ فَتَثْبُتُ بِقَدْرِ مَا يَقْبَلُهُ لَحْمًا وَجِلْدًا، وَقَدْ لا تَثْبُتُ إِذَا لَمْ يَقْبَلْهُ، وَإِذَا وَقَعَ اصْطِيَادًا صَارَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ (وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ آدَمِيٍّ أَوْ حَيَوَانٍ أَهْلِيٍّ لا يَحِلُّ المُصَابُ)؛ لِأَنَّ الفِعْلَ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ (وَالطَّيْرُ الدَّاجِنُ الَّذِي يَأْوِي البُيُوتَ أَهْلِيٌّ وَالظَّبْيُ المُوَثَّقُ بِمَنْزِلَتِهِ) لِمَا بَيَّنَّا.

المصاب؛ لأنه لا يقع عليهما الذكاة، والرمي إليهما وتركه سواء، فلو ترك الرمي ثم وجد الصيد ميتًا لم يحل أكله، فكذا إذا رماه فوجد ميتًا، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ خَصَّ مِنْ ذَلِكَ الخِنْزِيرَ، أي: إذا كان الحس حسّ خنزير لا يحل تناول ما أصابه من الصيد، بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله في سائر السباع مؤثر في طهارة الجلد، فجاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه، كذا في «الذخيرة»، و«المحيط».

قوله: وَزُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ خَصَّ مِنْهَا، أي: من جملة المسموع حسه.

قوله: وَوَجْهُ الظَّاهِرِ، وهو الصحيح؛ لأن فعل الإنسان في كل متوحش اصطياد، فأمَّا حل التناول فباعتبار صفة في المحل، كذا في «المبسوط».

فلمَّا كان كذلك كان الاصطياد موجبًا للحل إذا صادف محل الحل وهو ما يؤكل لحمه؛ لأن الفعل ليس باصطياد، والمبيح هو الاصطياد ولم يوجد فلم تثبت الإباحة.

قوله: وَالظَّبْيُ المُوَثَّقُ بِمَنْزِلَتِهِ، أي: بمنزلة الآدمي، يقال: أوثقه ووثَّقه، أي: أحكمه وشدَّه بالوثاق بالقيد.

(وَلَوْ رَمَى إِلَى طَائِرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَمَرَّ الطَّائِرُ وَلا يَدْرِي وَحْشِيٌّ هُوَ أَوْ غَيْرُ وَحْشِيٍّ حَلَّ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِيهِ التَّوَحُّشُ (وَلَوْ رَمَى إِلَى بَعِيرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَلا يَدْرِي نَادٌّ هُوَ أَمْ لا لا يَحِلُّ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ الِاسْتِئْنَاسُ (وَلَوْ رَمَى إِلَى سَمَكَةٍ أَوْ جَرَادَةٍ فَأَصَابَ صَيْدًا يَحِلُّ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ)؛ لِأَنَّهُ صَيْدٌ، وَفِي أُخْرَى عَنْهُ لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لا ذَكَاةَ فِيهِمَا (وَلَوْ رَمَى فَأَصَابَ الْمَسْمُوعَ حِسُّهُ وَقَدْ ظَنَّهُ آدَمِيًّا فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ يَحِلُّ)؛ لِأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ (فَإِذَا سَمَّى الرَّجُلُ عِنْدَ

قوله: وَلَوْ رَمَى إِلَى بَعِيرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَلا يَدْرِي نَادٌّ هُوَ أَمْ لا لا يَحِلُّ الصَّيْدُ، يعني: لو كان نادًّا يحل، فكان هذا نظير ما ذكره في «الذخيرة» بقوله: إذا سمع الرجل حسًّا ظن أنه حس صيد فأرسل كلبه عليه، أو رماه فأصاب صيدًا، ولكن لم يتبين ما كان صاحب الحس لا يحل تناول ما أصاب، لاحتمال أن يكون صاحب الحس آدميًّا ونحوه مما ليس بصيد.

قوله: وَلَوْ رَمَى إِلَى سَمَكَةٍ أَوْ جَرَادَةٍ فَأَصَابَ صَيْدًا يَحِلُّ فِي رِوَايَةٍ، وفي «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: ولو رمى إلى جرادة أو سمكة وترك التسمية فأصاب طائرًا أو صيدًا آخر فقتله حل أكله، وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان، والصحيح أنه يؤكل.

ولو رمى إلى آدمي أو بقر أو إبل أو معزٍ أهلي وسمي فأصاب صيدًا مأكولًا لا رواية لهذا في الأصل، ولأبي يوسف رحمه الله فيه قولان، في قول يحل، وفي قول لا يحل.

قوله: وَلَوْ رَمَى فَأَصَابَ الْمَسْمُوعَ حِسُّهُ وَقَدْ ظَنَّهُ آدَمِيًّا فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة التي تقدمت، وهي أن من سمع حسًّا ظنه حسّ صيد فرماه فأصاب صيدًا ثم تبيَّن أنه حس آدميٍّ أو حيوان أهليٍّ لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي، وفي هذه المسألة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد ومع ذلك حل المصاب، ولو اقترن به ظنه بأنه صيد لا يحل المصاب، والقياس يقتضي أن ينعكس الجواب فيهما، أو يثبت الحل فيما إذا اقترن به ظنه أنه آدمي،

الرَّمْيِ أُكِلَ مَا أَصَابَ إِذَا جَرَحَ السَّهْمُ فَمَاتَ)؛ لِأَنَّهُ ذَابِحٌ بِالرَّمْيِ لِكَوْنِ السَّهْمِ آلَةً لَهُ فَتُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ، وَجَمِيعُ البَدَنِ مَحَلٌّ لِهَذَا النَّوْعِ مِنَ الذَّكَاةِ، وَلَا بُدَّ

ففيما اقترن به ظنه بأنه صيد أَوْلَى أن يثبت الحل، أو تثبت الحرمة في هذه المسألة أيضًا كما تثبت هناك بالطريق الأَوْلَى؛ لأنه لم يقع فعله اصطيادًا نظرًا إلى قصده.

قلتُ: مقتضى القياس كما قلتَ، وعلى وفق اقتضاء القياس الذي ذكرتَه آخرًا هو أن تثبت الحرمة في الصورتين، بأن تثبت الحرمة في هذه المسألة كما ثبتت في تلك المسألة، رواية «الذخيرة»، و«المغني»، محالةً إلى «المنتقى»، فقال في «الذخيرة»:

وفي «المنتقى»: إذا سمع حسًّا بالليل فظن أنه إنسان أو دابة أو حيَّة فرماه، فإذا ذلك الذي سمع صيد، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه، أو أصاب صيدًا آخر وقتله لا يؤكل؛ لأنه رماه وهو لا يريد الصيد، قال ثمَّة: ولا يحل الصيد إلا بوجهين: أن يرميه وهو يريد الصيد، وأن يكون الذي أراده، أو سمع حسه ورمى إليه صيدًا، سواء كان ممَّا يؤكل أو لا يؤكل.

وأمَّا وجه الفرق على رواية هذا الكتاب و«المبسوط»، و«وفتاوى قاضي خان» فلطيف المسلك وعسير المعرك، وأصله ما ذكره في الكتاب **بقوله: لا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ،** أي: مع تعيّنه لكونه صيدًا، وتفسير ذلك هو أن في المسألة الأولى أصابَ سهمه إلى غير المسموع حسه، فكان قصده إلى المسموع حسه، والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهًا إلى غير الصيد نظرًا إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد، فلم يكن فعله اصطيادًا، وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد.

وأمَّا هاهُنا فسهمه أصابَ عين المسموع حسه وعينه صيد، فكان الفعل واقعًا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته، فلمَّا وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك بظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته، والظن إذا وقع مخالفًا لحقيقة فعله كان ذلك الظن لغوًا، فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد.

مِنَ الجُرْحِ لِيَتَحقَّقَ مَعْنَى الذَّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَدْرَكَهُ حَيًّا ذَكَّاهُ) وَقَدْ بَيَّنَّاهَا بِوُجُوهِهَا، وَالِاخْتِلَافِ فِيهَا فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا وَقَعَ السَّهْمُ بِالصَّيْدِ فَتَحَامَلَ حَتَّى غَابَ عَنْهُ وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتًا أُكِلَ، وَإِنْ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ) ثُمَّ أَصَابَهُ مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ، لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ

قوله: لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذَّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أي: في فصل الجوارح، وهو الفصل الأول بقوله: وَلَا بُدَّ مِنَ الجُرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِيَتَحَقَّقَ الذَّكَاةُ الِاضْطِرَارِيُّ، إلى آخره.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهَا بِوُجُوهِهَا، وَالِاخْتِلَافِ فِيهَا فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو فصل الجوارح في قوله: وَإِنْ أَدْرَكَ المُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، وَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ، إلى آخره.

وفي «الذخيرة»: إذا رمى صيدًا فأصابه فوقع عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه ومات لا يحل أكله؛ لأنه قادر على الذكاة الاختيارية بتقديم الإسلام، فلم يكتف بالذكاة الاضطرارية، وكذلك لو وقع عند نائم والنائم بحال لو كان مستيقظاً قدر أن يذكيه فمات لا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله، فأبو حنيفة يجعل النائم كاليقظان في مسائل، من جملتها هذه المسألة.

التحامل في المشي: أن يتكلفه على مشقة وإعياء، يقال: تحاملت في المشي، ومنه: رُبَّما يتحامل الصيد ويطير، أي: يتكلف الطيران، وهو من الحمل، أي: يحمل الصيد نفسه على تكلف المشي والطيران، كذا في «المغرب».

قوله: وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتًا أُكِلَ، هذا إذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير. وأمَّا إذا وجده وفيه جراحة أخرى أيضًا ليس له أن يأكله، ترك الطلب أو لم يترك؛

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنِ الرَّامِي وَقَالَ: لَعَلَّ هَوَامَّ الأَرْضِ قَتَلَتْهُ»؛ وَلِأَنَّ احْتِمَالَ المَوْتِ بِسَبَبٍ آخَرَ قَائِمٌ فَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ أَكْلُهُ؛ لِأَنَّ المَوْهُومَ فِي هَذَا كَالمُتَحَقِّقِ لِمَا رَوَيْنَا، إِلَّا أَنَّا أَسْقَطْنَا اعْتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلَبِهِ ضَرُورَةَ أَنْ لَا يَعْرَى الِاصْطِيَادُ عَنْهُ، وَلَا ضَرُورَةَ فِيمَا إِذَا قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ لِإِمْكَانِ التَّحَرُّزِ

لأنه ظهر لموته سببان: أحدهما موجب للحل، والآخر موجب للحرمة، فيغلب الموجب للحرمة، كما لو وقعت الرمية في الماء ثم أصابه ميتاً لم يؤكل.

وقال الشافعي رحمه الله: يؤكل؛ لأنه ظهر لموته سبب، وهو ما كان منه من إرسال الكلب والبازي، أو الرمي، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه، كما لو جرح إنسانًا فلم يزل صاحب فراش حتى ماتَ يجعل قاتلًا.

ولكنا نستدل بما رُوي: «أن رجلًا أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم صيدًا فقال: من أين لك هذا؟ قال: كنتُ رميته بالأمس وكنتُ في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل، ثم وجدتُه اليوم ميتًا، وفيه مزراقي - وهو الرمح الصغير أخف من العنزة - فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لا أدري لعل بعض الهوام أعانك على قتله، فلا حاجة لي فيه»، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: «كُلْ ما أصميتَ ودع ما أنميتَ»، والإنماء: التواري عن بصرك، إلا أن قدر ما لا يستطاع الامتناع منه جعل عفوًا، فأمَّا ترك الطلب فيما يستطاع الامتناع منه، والثابت بالضرورة لا يعدو مواضع الضرورة، كذا ذكر في الباب الثاني من كتاب صيد «المبسوط».

وفيما قال في الكتاب: لِأَنَّ المَوْهُومَ فِي هَذَا قام مقام المتحقق، جوابٌ عن قياس الشافعي رحمه الله بقوله: كما لو جرح إنسانًا، أي: بسبب حكم الحديث أقيم الموهوم في باب الصيد كالمتحقق في حق الحل والحرمة، بخلاف سائر المواضع، فإن هناك نحكم بظاهر الحال لا بالموهوم، فلذلك يحال هناك إلى السبب الظاهر، فأمَّا هاهُنا فلا.

قوله: وَلَا ضَرُورَةَ فِيمَا إِذَا قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ؛ ولأنه لا يدري فلعله لو لم يترك الطلب وجده حيًّا فذكاه، فمن هذا الوجه يكون تاركاً ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه، كذا في «المبسوط».

عَنْ تَوَارٍ يَكُونُ بِسَبَبِ عَمَلِهِ، وَالَّذِي رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي قَوْلِهِ إِنَّ مَا تَوَارَى عَنْهُ إِذَا لَمْ يَبِتْ يَحِلُّ فَإِذَا بَاتَ لَيْلَةً لَمْ يَحِلَّ (وَلَوْ وُجِدَ بِهِ جِرَاحَةٌ سِوَى جِرَاحَةِ سَهْمِهِ لا يَحِلُّ)؛ لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ فَاعْتُبِرَ مُحَرِّمًا، بِخِلَافِ وَهْمِ الْهَوَامِّ وَالْجَوَابُ فِي إِرْسَالِ الكَلْبِ فِي هَذَا كَالْجَوَابِ فِي الرَّمْيِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا رَمَى صَيْدًا فَوَقَعَ فِي المَاءِ أَوْ وَقَعَ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إِلَى الأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ المُتَرَدِّيَةُ وَهِيَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ؛ وَلِأَنَّهُ احْتَمَلَ المَوْتَ بِغَيْرِ الرَّمْيِ؛ إِذِ المَاءُ مُهْلِكٌ وَكَذَا السُّقُوطُ مِنْ عَالٍ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: وَإِذَا رَمَى صَيْدًا فَوَقَعَ فِي المَاءِ أَوْ وَقَعَ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إِلَى الأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ، هذا إذا لم يقع الجرح مهلكاً في الحال، أمَّا إذا وقع الجرح مهلكاً، والحياة التي بقيت في الصيد مثل الحياة في المذبوح بعد الذبح، فوقوعه في الماء، أو على السطح، أو على الجبل ثم تردى إلى الأرض لا يضر بل يؤكل، على ما يجيء في الكتاب في هذا الفصل **بقوله:** وَلِهَذَا لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَبِهِ هَذَا القَدْرُ مِنَ الحَيَاةِ أَوْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ أَوْ سَطْحٍ لا يَحْرُمُ.

وإنما قيَّد في الكتاب **بقوله:** ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إِلَى الأَرْضِ؛ لأنه إذا وقع على الجبل ابتداءً، أو على السطح فاستقرَّ عليه ولم يترد يؤكل، على ما يجيء.

وهكذا أيضًا في «الذخيرة» بهذا التفصيل فقال: وإذا أصاب السهم الصيد فوقع على السطح، أو على الأرض من الهواء ومات، فإنه يؤكل استحسانًا، ولو وقع على السطح ثم على الأرض فإنه لا يؤكل؛ لأن هذه متردية.

وقوله: مِنْ عَالٍ، فيه ثمان لغات، يقال: أتيتُه من عال الدار، كجلود صخر حطَّه السيل من عل، وأتيتُه من علا، ومن عالٍ، ومن علٍ، ومن مُعال، بضم الميم، ومن عَلْو، فيُروى بضم الواو، وفتحها، وكسرها، كذا في «الصحاح».

وَالسَّلَامُ - لِعَدِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «وَإِنْ وَقَعَتْ رَمِيَّتُكَ فِي المَاءِ فَلَا تَأْكُلْ، فَإِنَّكَ لا تَدْرِي أَنَّ المَاءَ قَتَلَهُ أَوْ سَهْمُك» (وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِلَ)؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، وَفِي اعْتِبَارِهِ سَدُّ بَابِ الِاصْطِيَادِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ سَبَبَ الحُرْمَةِ وَالحِلِّ إِذَا اجْتَمَعَا وَأَمْكَنَ التَّحَرُّزُ عَمَّا هُوَ سَبَبُ الحُرْمَةِ تُرَجَّحُ جِهَةُ الحُرْمَةِ احْتِيَاطًا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ جَرَى وُجُودُهُ مَجْرَى عَدَمِهِ؛ لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِحَسَبِ الوُسْعِ، فَمِمَّا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى شَجَرٍ أَوْ حَائِطٍ أَوْ آجُرَّةٍ ثُمَّ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ أَوْ رَمَاهُ، وَهُوَ عَلَى جَبَلٍ فَتَرَدَّى مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ حَتَّى تَرَدَّى إِلَى الأَرْضِ، أَوْ رَمَاهُ فَوَقَعَ عَلَى رُمْحٍ مَنْصُوبٍ أَوْ عَلَى قَصَبَةٍ قَائِمَةٍ أَوْ عَلَى حَرْفِ آجُرَّةٍ لِاحْتِمَالِ أَنَّ حَدَّ هَذِهِ الأَشْيَاءِ قَتَلَهُ، وَمِمَّا لا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ عَلَى مَا هُوَ مَعْنَاهُ كَجَبَلٍ أَوْ ظَهْرِ بَيْتٍ أَوْ لَبِنَةٍ مَوْضُوعَةٍ أَوْ صَخْرَةٍ فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ وُقُوعَهُ عَلَيْهِ وَعَلَى الأَرْضِ سَوَاءٌ. وَذُكِرَ فِي المُنْتَقَى: لَوْ وَقَعَ عَلَى صَخْرَةٍ فَانْشَقَّ بَطْنُهُ لَمْ يُؤْكَلْ لِاحْتِمَالِ المَوْتِ بِسَبَبٍ آخَرَ، وَصَحَّحَهُ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ، وَحُمِلَ مُطْلَقُ المَرْوِيِّ فِي الأَصْلِ عَلَى غَيْرِ حَالَةِ الِانْشِقَاقِ، وَحَمَلَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ

قوله: وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِلَ، أي: إذا لم يكن في الأرض ممَّا يقتل، وإن كان ممَّا يقتل مثل حد الرمح، والقصبة المنصوبة لا يؤكل على ما سيجيء، وهكذا أيضًا في «المبسوط»، وهذا إذا لم يدرك ذكاته، فإن أدركها فذبحها حل؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَحَمَلَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، أي: وحمل ما ذكر في «المنتقى»

- رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى مَا أَصَابَهُ حَدُّ الصَّخْرَةِ فَانْشَقَّ بَطْنُهُ بِذَلِكَ، وَحَمَلَ المَرْوِيَّ فِي الأَصْلِ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصِبْهُ مِنَ الآجُرَّةِ إِلَّا مَا يُصِيبُهُ مِنَ الأَرْضِ لَوْ وَقَعَ عَلَيْهَا وَذَلِكَ عَفْوٌ وَهَذَا أَصَحُّ وَإِنْ كَانَ الطَّيْرُ مَائِيًّا، فَإِنْ كَانَتِ الجِرَاحَةُ لا تَنْغَمِسُ فِي المَاءِ أُكِلَ، وَإِنِ انْغَمَسَتْ لا يُؤْكَلُ كَمَا إِذَا وَقَعَ فِي المَاءِ.

قَالَ: (وَمَا أَصَابَهُ المِعْرَاضُ بِعَرْضِهِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ جَرَحَهُ يُؤْكَلْ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيهِ «مَا أَصَابَ بِحَدِّهِ فَكُلْ، وَمَا أَصَابَ بِعَرْضِهِ فَلَا تَأْكُلْ» وَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ الجُرْحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذَّكَاةِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ: (وَلا يُؤْكَلُ مَا أَصَابَتْهُ البُنْدُقَةُ فَمَاتَ بِهَا)؛ لِأَنَّهَا تَدُقُّ وَتَكْسِرُ وَلا تَجْرَحُ فَصَارَ كَالمِعْرَاضِ إِذَا لَمْ يَخْزِقْ، وَكَذَلِكَ إِنْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ، وَكَذَا إِنْ جَرَحَهُ قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ ثَقِيلًا وَبِهِ حِدَّةٌ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِثِقَلِهِ، وَإِنْ كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا وَبِهِ حِدَّةٌ

على ما إذا أصابه حد الصخرة، يعني: ليس هذا باختلاف الروايات.

قوله: لَوْ وَقَعَ عَلَيْهَا - أي: على ما يصيبه من الأرض - وَذَلِكَ عَفْوٌ، كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه.

المِعْرَاض: السهم بلا ريش يمضي عرضاً، فيصيب بعرضه لا بحده، كذا في «المغرب».

وفيه أيضًا: البُنْدُقَةُ: طينة مدورة يرمى بها، ويقال لها: الجلاهق، يقال: خزق المعراض، أي نفذ، وبالراء المهملة تصحيفٌ.

وفي «المبسوط»: رُوي عن إبراهيم رحمه الله: إذا خزق المعراض فكُلْ، وإذا لم يخزق فلا تأكل، ثم قال: ولفظة الخزق تستعمل في الحيوان، وقد بيَّنا أن الحل باعتبار تسييل الدم النجس، وذلك يحصل إذا خزق، ولا يحصل إذا دق ولم يخزق، بل ذلك بمعنى الموقوذة وهي حرام بالنص.

يَحِلُّ لِتَعَيُّنِ المَوْتِ بِالجُرْحِ، وَلَوْ كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا، وَجَعَلَهُ طَوِيلًا كَالسَّهْمِ وَبِهِ حِدَةٌ فَإِنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ بِجُرْحِهِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِمَرْوَةٍ حَدِيدَةٍ وَلَمْ تُبْضِعْ بِضْعًا لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَكَذَا إِذَا رَمَاهُ بِهَا فَأَبَانَ رَأْسَهُ أَوْ قَطَعَ أَوْدَاجَهُ؛ لِأَنَّ العُرُوقَ تَنْقَطِعُ بِثِقَلِ الحَجَرِ كَمَا تَنْقَطِعُ بِالقَطْعِ فَوْقَ الشَّكِّ أَوْ لَعَلَّهُ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الأَوْدَاجِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِعَصًا أَوْ بِعُودٍ حَتَّى قَتَلَهُ لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ ثِقَلًا لا جُرْحًا، اَللَّهُمَّ إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ حِدَةٌ يُبْضِعُ بِضْعًا فَحِينَئِذٍ لا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ السَّيْفِ وَالرُّمْحِ.

وَالأَصْلُ فِي هَذِهِ المَسَائِلِ أَنَّ المَوْتَ إِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى الجُرْحِ بِيَقِينٍ كَانَ الصَّيْدُ حَلَالًا، وَإِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى الثِّقَلِ بِيَقِينٍ كَانَ حَرَامًا، وَإِنْ وَقَعَ الشَّكُّ وَلا يَدْرِي مَاتَ بِالجُرْحِ أَوْ بِالثِّقَلِ كَانَ حَرَامًا احْتِيَاطًا، وَإِنْ رَمَاهُ بِسَيْفٍ أَوْ بِسِكِّينٍ فَأَصَابَهُ بِحَدِّهِ فَجَرَحَهُ حَلَّ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِقَفَا السِّكِّينِ أَوْ بِمِقْبَضِ السَّيْفِ لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَالحَدِيدُ وَغَيْرُهُ فِيهِ سَوَاءٌ وَلَوْ رَمَاهُ فَجَرَحَهُ وَمَاتَ بِالجُرْحِ، إِنْ كَانَ الجُرْحُ مُدْمِيًا يَحِلُّ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدْمِيًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ بَعْضِ المُتَأَخِّرِينَ سَوَاءٌ كَانَتِ الجِرَاحَةُ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً؛ لِأَنَّ الدَّمَ قَدْ يَحْتَبِسُ بِضِيقِ المَنْفَذِ أَوْ غِلَظِ الدَّمِ وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ يُشْتَرَطُ الإِدْمَاءُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ فَكُلْ» شَرَطَ الإِنْهَارَ، وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ إِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً حَلَّ بِدُونِ الإِدْمَاءِ،

المروة: حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به.

اَللَّهُمَّ: كلمة يؤتى بها قبل إلا إذا كان المستثنى عزيزًا نادرًا، وكان قصدهم بذلك الاستظهار بمشيئة الله تعالى في إثبات كونه ووجوده إيذانًا بأنه بلغ من الندرة حد الشذوذ.

وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً وَلَمْ يَسِلْ مِنْهُ الدَّمُ قِيلَ لا تَحِلُّ وَقِيلَ تَحِلُّ، وَوَجْهُ القَوْلَيْنِ دَخَلَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِذَا أَصَابَ السَّهْمُ ظِلْفَ الصَّيْدِ أَوْ قَرْنَهُ، فَإِنْ أَدْمَاهُ حَلَّ وَإِلَّا فَلَا، وَهَذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا رَمَى صَيْدًا فَقَطَعَ عُضْوًا مِنْهُ أُكِلَ الصَّيْدُ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَا يُؤْكَلُ العُضْوُ)

قوله: وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً وَلَمْ يَسِلْ مِنْهُ الدَّمُ - النجس - قِيلَ لَا تَحِلُّ، وهو قول أبي القاسم الصفار رحمه الله لانعدام معنى الذكاة، وهو تسييل الدم النجس، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكُلْ».

قوله: وَقِيلَ تَحِلُّ، وهو قول أبي بكر الإسكاف، وكان يقول: لا بأس بأكله لوجود فعل الذكاة، على ما قال صلى الله عليه وسلم: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»، وقد يمتنع بعض الدم في العروق بحابس يحبسه، كما إذا أكلت الشاة العناب، وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق، فهذا مثله، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي: يؤيد قول أبي القاسم الصفار على ما ذكرناه.

وفي «فتاوى قاضي خان» رحمه الله دليل على أن حياة المذبوح لو كانت متيقناً بها لا يشترط خروج الدم؛ لأنه ذكر فيها: ولو ذبح شاةً، أو إبلًا، أو بقرًا، فتحركت بعد الذبح وخرج منها دم مسفوح تؤكل، ولو لم تتحرك، ولم يخرج منها دم مسفوح لا تؤكل؛ لأن محل الذكاة هو الحي، ولم توجد علامة الحياة عند الذبح، ولو لم تتحرك وخرج منها دم مسفوح، أو تحركت ولم يخرج منها دم مسفوح أكلت؛ لأن الحركة وخروج الدم المسفوح علامة الحياة، وإن لم يعلم حياتها عند الذبح ولم تتحرك ولم يخرج دم مسفوح لا تؤكل، وإن علم حياتها عند الذبح تؤكل وإن لم تتحرك ولم يخرج منها دم أصلًا.

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، أي: لما بيَّنا أن الرمي مع الجرح مبيح، فلمَّا قطع العضو كان الجرح موجودًا لا محالة فيحل.

قوله: وَلَا يُؤْكَلُ العُضْوُ، وهذا يتصور في سائر الأعضاء غير الرأس.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: أُكِلَا إِنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مُبَانٌ بِذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ فَيَحِلُّ المُبَانُ وَالمُبَانُ مِنْهُ كَمَا إِذَا أُبِينَ الرَّأْسُ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَمُتْ؛ لِأَنَّهُ مَا أُبِينَ بِالذَّكَاةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا أُبِينَ مِنَ الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ» ذِكْرُ الحَيِّ مُطْلَقًا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَالعُضْوُ المُبَانُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ حَقِيقَةً لِقِيَامِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ تُتَوَهَّمُ سَلَامَتُهُ بَعْدَ هَذِهِ الجِرَاحَةِ وَلِهَذَا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ حَيًّا، حَتَّى لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَفِيهِ حَيَاةٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَحْرُمُ وَقَوْلُهُ أُبِينَ بِالذَّكَاةِ قُلْنَا حَالَ وُقُوعِهِ لَمْ يَقَعْ ذَكَاةً لِبَقَاءِ الرُّوحِ فِي البَاقِي، وَعِنْدَ زَوَالِهِ لَا يَظْهَرُ فِي المُبَانِ لِعَدَمِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَلَا تَبَعِيَّةَ لِزَوَالِهَا

قوله: إِنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ، قيد به؛ لأنه لو لم يمت من القطع الذي حصل به الإبانة، فاحتيج إلى ذكاة أخرى فإن المبان لا يحل ويحل المبان منه، كذا ذكره شيخ الإسلام.

وذكر أصلًا على قولنا في مسألة الإبانة في «الذخيرة» فقال: الأصل في ذلك أن الصيد إن كان يعيش بدون المبان، فالمبان منه يؤكل إذا ماتَ من ضربه ورميه والمبان لا يؤكل، وإن كان الصيد لا يعيش بدون المبان يؤكل المبان والمبان منه جميعًا.

مثال الأول: إذا قطع فخذه فأبانه، ومثال الثاني: إذا قطع الرأس؛ وهذا لأنا إنما عرفنا حرمة المبان بالحديث الذي روينا، والحديث تناول المبان من الحي المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل فيتناول الحي صورةً ومعنًى فلا يحل، فإذا كان الصيد يعيش بدون المبان فهذا مبان من الحي صورةً ومن الميت معنًى فيحل.

قوله: وَعِنْدَ زَوَالِهِ، أي: وعند زوال الروح من المبان منه لا تظهر الذكاة في المبان، لعدم الحياة في المبان.

قوله: وَلَا تَبَعِيَّةَ لِزَوَالِهَا - أي: لزوال التبعية - بِالِانْفِصَالِ، وهذا جواب عمَّا تعلق به

بِالِانْفِصَالِ فَصَارَ هَذَا الحَرْفُ هُوَ الأَصْلَ؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنَ الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لا يَحِلُّ، وَالمُبَانُ مِنَ الحَيِّ صُورَةً لا حُكْمًا يَحِلُّ وَذَلِكَ بِأَنْ يَبْقَى فِي المُبَانِ مِنْهُ حَيَاةٌ بِقَدْرِ مَا يَكُونُ فِي المَذْبُوحِ فَإِنَّهُ حَيَاةٌ صُورَةً لا حُكْمًا، وَلِهَذَا لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَبِهِ هَذَا القَدْرُ مِنَ الحَيَاةِ أَوْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ أَوْ سَطْحٍ لا يَحْرُمُ فَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ المَسَائِلُ، فَنَقُولُ: إذَا قَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلًا أَوْ فَخِذًا أَوْ ثُلُثَهُ مِمَّا يَلِي القَوَائِمَ أَوْ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ

الشافعي رحمه الله فإنه يقول: يحل المبان أيضًا بطريق التبعية للمبان منه، والمبان منه يؤكل بالاتفاق، يعني: إذا ماتَ من ذلك القطع وإن كان يحتمل أن يعيش.

وذكر في «الإيضاح»: وإذا قطع من ناحية العجز أكل الأكثر ولم يؤكل الأقل عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يؤكل؛ لأن الفعل وقع ذكاة فظهر أثره في الكل بطريق التبعية.

قلنا: بلى، ولكن حكمه يظهر في المحل عند خروج الروح، فإذا أبين طرف منه والباقي حيٌّ فيعيد لم يقع الفعل ذكاةً، وإذا خرج منه الروح فصار ذكره لم يظهر في الجزء المنفصل؛ لأن ظهور حكم الذكاة في الأجزاء على سبيل التبعية وقد بطلت بالانفصال.

وفي «المبسوط»: فحكم الذكاة استقرَّ في الصيد بعدما ماتَ وذلك مبانٌ منه، ولا يسري حكم الذكاة إلى ذلك العضو، ولا يمكن إثبات حكم الذكاة في ذلك العضو مقصودًا بالإبانة كما لو بقي الصيد حيًّا، فلهذا لا يؤكل ذلك العضو.

ثم قال: وإن لم يكن بان ذلك العضو منه أكل كله؛ لأن ببقاء الاتصال يسري حكم الذكاة إلى ذلك العضو فيكون حلالًا كغيره، وإن كان تعلق منه بجلدة فإن كان بمنزلة ما قد بان منه لم يؤكل منه، ومراده من ذلك إذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو والمبان سواء، وإن كان بحيث يتوهم اتصاله بعلاج فهذا جرح وليس بإبانةٍ فيؤكل كله، وإن قطعه بنصفين يؤكل كله؛ إذ لا يتوهم بقاؤه حيًّا بعدما قطعه بنصفين طولًا، وإن قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانة فإنه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس، ولا يؤكل الثلث الذي يلي العجز،

الرَّأْسِ يَحْرُمُ المُبَانُ وَيَحِلُّ المُبَانُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ بَقَاءُ الحَيَاةِ فِي البَاقِي.

(وَلَوْ قَدَّهُ بِنِصْفَيْنِ أَوْ قَطَّعَهُ أَثْلاثًا وَالأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي العَجُزَ أَوْ قَطَعَ نِصْفَ رَأْسِهِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ يَحِلُّ المُبَانُ وَالمُبَانُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ صُورَةً لا حُكْمًا؛ إِذْ لا يُتَوَهَّمُ بَقَاءُ الحَيَاةِ بَعْدَ هَذَا الجُرْحِ، وَالحَدِيثُ وَإِنْ تَنَاوَلَ السَّمَكَ وَمَا أُبِينَ مِنْهُ فَهُوَ مَيِّتٌ، إِلَّا أَنَّ مَيْتَتَهُ حَلَالٌ بِالحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ.

(وَلَوْ ضَرَبَ عُنُقَ شَاةٍ فَأَبَانَ رَأْسَهَا يَحِلُّ لِقَطْعِ الأَوْدَاجِ) وَيُكْرَهُ هَذَا الصَّنِيعُ لِإِبْلَاغِهِ النُّخَاعَ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مِنْ قِبَلِ القَفَا، إِنْ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الأَوْدَاجِ لا يَحِلُّ، وَإِنْ لَمْ يَمُتْ حَتَّى قَطَعَ الأَوْدَاجَ حَلَّ (وَلَوْ ضَرَبَ صَيْدًا فَقَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلًا وَلَمْ يُبِنْهُ؛ إِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ الِالْتِئَامُ وَالِانْدِمَالُ فَإِذَا مَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ أَجْزَائِهِ، وَإِنْ كَانَ لا يُتَوَهَّمُ بِأَنْ بَقِيَ مُتَعَلِّقًا بِجِلْدِهِ حَلَّ مَا سِوَاهُ لِوُجُودِ الإِبَانَةِ مَعْنًى وَالعِبْرَةُ لِلْمَعَانِي.

قَالَ: (وَلا يُؤْكَلُ صَيْدُ المَجُوسِيِّ وَالمُرْتَدِّ وَالوَثَنِيِّ)؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الذَّبَائِحِ، وَلا بُدَّ مِنْهَا فِي إِبَاحَةِ الصَّيْدِ بِخِلَافِ النَّصْرَانِيِّ وَاليَهُودِيِّ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ اخْتِيَارًا فَكَذَا اضْطِرَارًا.

قَالَ: (وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثْخِنْهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ حَيِّزِ الِامْتِنَاعِ فَرَمَاهُ آخَرُ

وإن قطع الثلث مما يلي الرأس فأبانة فإنه يؤكل كله؛ لأن ما بين النصف إلى العنق مذبح، يريد به أن الأوداج من القلب إلى الدماغ، فإن أبان الثلث ممَّا يلي العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم يقطع الأوداج، وإنما استقرت بموت الصيد وهذا الجزء مبان عنه عند ذلك، وأمَّا إذا أبان الثلث ممَّا يلي الرأس فقد استقرَّ حكم الذكاة بقطع الأوداج بنفسه.

فَقتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِي وَيُؤْكَلُ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الآخِذُ، وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَ» (وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ أَثْخَنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقتَلَهُ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ وَلَمْ يُؤْكَلْ) لِاحْتِمَالِ المَوْتِ بِالثَّانِي، وَهُوَ لَيْسَ بِذَكَاةٍ لِلْقُدْرَةِ عَلَى ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الرَّمْيُ الأَوَّلُ بِحَالٍ يَنْجُو مِنْهُ الصَّيْدُ؛ لِأَنَّهُ

وقوله: فَهُوَ لِلثَّانِي ...؛ لِأَنَّهُ هُوَ الآخِذُ، فصار كمن آثار صيدًا فأخذه غيره، فالصيد لمن أخذ لا لمن أثار.

وقوله: وَهَذَا، إشارة إلى قوله: وَلَمْ يُؤْكَلْ.

وحاصله أن الرجلين إذا رميا جميعًا معًا، أو أحدهما بعد صاحبه قبل أن يصيب السهم الأول فقتلاه فهو لهما جميعًا حلال؛ لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح فيحل تناول الصيد اعتبارًا بحالة الرمي، فإنه كان صيدًا حال رميهما فيقع فعل كل واحدٍ منهما ذكاةً، وأصابت الرميتان معًا فقد استويا في سبب الملك، وذلك موجب المساواة في الملك، وإن رمياه معًا فأصابه سهم أحدهما أولًا فأثخنه ثم أصابه السهم الآخر فهو للأول، ويحل تناوله عندنا.

وقال زفر رحمه الله: لا يحل، وهذا يبني على أصل وهو: أن المعتبر في الرمي حالة الإرسال لا حالة الإصابة بالمحل عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر رحمه الله المعتبر حالة الاتصال بالمحل فاعتبرنا تلك الحالة، فإذا اعتبر حالة الإصابة فالسهم الثاني اتصل به وهو غير ممتنع، فصار كما لو رمى شاة فلا يحل.

ونحن نقول: إن الاتصال بالمحل نتيجة الرمي فصار مضافًا إليه، ولهذا تعتبر التسمية عند الإرسال لا عند الاتصال وقد حصل الإرسال منهما، والمحل صيد ممتنع فلم يتعلق بالإرسال الثاني خطر، إلا أن الملك يثبت للأول؛ لأن سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل الثاني به، فجاء من هذا أنا نعتبر حالة الرمي فيما يرجع إلى الحل؛ لأن الحل يثبت بالفعل، ويعتبر الاتصال بالمحل فيما يرجع إلى الملك؛ لأن الملك يتصل بالمحل.

وكذلك لو كان رمي أحدهما بعد الآخر قبل إصابة الأول فهو كرميهما معًا، فإن

حِينَئِذٍ يَكُونُ المَوْتُ مُضَافًا إِلَى الرَّمْيِ الثَّانِي، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لا يَسْلَمُ مِنْهُ الصَّيْدُ بِأَنْ لا يَبْقَى فِيهِ مِنَ الحَيَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَبْقَى فِي المَذْبُوحِ، كَمَا إِذَا أَبَانَ رَأْسَهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ المَوْتَ لا يُضَافُ إِلَى الرَّمْيِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ وَعَدَمَهُ بِمَنْزِلَةٍ، وَإِنْ كَانَ الرَّمْيُ الأَوَّلُ بِحَالٍ لا يَعِيشُ مِنْهُ الصَّيْدُ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِيهِ مِنَ الحَيَاةِ أَكْثَرُ مِمَّا يَكُونُ بَعْدَ الذَّبْحِ بِأَنْ كَانَ يَعِيشُ يَوْمًا أَوْ دُونَهُ؛ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لا يَحْرُمُ بِالرَّمْيِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ هَذَا القَدْرَ مِنَ الحَيَاةِ لا عِبْرَةَ بِهَا عِنْدَهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ هَذَا القَدْرَ مِنَ الحَيَاةِ مُعْتَبَرٌ عِنْدَهُ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبِهِ فَصَارَ الجَوَابُ فِيهِ وَالجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لا يَسْلَمُ مِنْهُ الصَّيْدُ سَوَاءٌ فَلَا يَحِلُّ.

أصاب السهم الأول ثم رماه الثاني، فإن كان الأول لم يخرجه من الامتناع فهو للثاني؛ لأن الاصطياد منه وجد وهو كمن آثار صيدًا فأخذه غيره.

وإن كان الأول وقذه وأخرجه من الامتناع ثم أصابه الثاني فهذا على وجوه:

إن مات من الأولى أكل، وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن الأول قد اصطاده، والفعل من الثاني نقض ملك الأول فيضمن، وإن مات من الجراحة الثانية لم يؤكل؛ لأن الرمي من الثاني حين وجد لم يكن المحل ممتنعًا فصار كالرمي إلى الشاة، ويضمن الثاني ما نقصته جراحته؛ لأنه نقص دخل في ملك الغير بفعله، ثم يضمن قيمته مجروحًا بجراحتين؛ لأنه أتلف بفعله، إلا أنه غرم نقصان الجرح الثاني فلا يضمن ثانيًا.

فإن مات من الجراحتين لم يؤكل؛ لأن إحدى الرميتين تعلق بها الحظر، والأخرى تعلق بها الإباحة والصيد بينهما؛ لأنهما اشتركا في السبب، وعلى الثاني للأول نصف قيمته مجروحًا بجراحتين، ونصف ما نقصته الجراحة الثانية؛ لأنه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الإباحة إلى الحظر فلزمه الضمان، وإن لم يعلم بأيِّ الجراحتين ماتَ فهو كما لو علم بأنه ماتَ منهما؛ لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرًا فيضاف إليهما، كذا

قَالَ: (وَالثَّانِي ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْأَوَّلِ غَيْرَ مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ)؛ لِأَنَّهُ بِالرَّمْيِ أَتْلَفَ صَيْدًا مَمْلُوكًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالرَّمْيِ الْمُثْخِنِ وَهُوَ مَنْقُوصٌ بِجِرَاحَتِهِ، وَقِيمَةُ الْمُتْلَفِ تُعْتَبَرُ يَوْمَ الْإِتْلَافِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: تَأْوِيلُهُ إِذَا عُلِمَ أَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ بِالثَّانِي بِأَنْ كَانَ الْأَوَّلُ بِحَالٍ يَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ الصَّيْدُ مِنْهُ وَالثَّانِي بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ الصَّيْدُ مِنْهُ لِيَكُونَ الْقَتْلُ كُلُّهُ مُضَافًا إِلَى الثَّانِي وَقَدْ قَتَلَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلْأَوَّلِ مَنْقُوصًا بِالْجِرَاحَةِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَلًا، كَمَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا مَرِيضًا إِنْ عَلِمَ أَنَّ الْمَوْتَ يَحْصُلُ مِنَ الْجِرَاحَتَيْنِ أَوْ لَا يَدْرِي.

قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَضْمَنُ الثَّانِي مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ ثُمَّ يُضَمِّنُهُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مَجْرُوحًا بِجِرَاحَتَيْنِ ثُمَّ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ لَحْمِهِ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ جَرَحَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ وَقَدْ نَقَصَهُ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهُ أَوَّلًا، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ بِالْجِرَاحَتَيْنِ فَيَكُونُ هُوَ مُتْلِفًا نِصْفَهُ وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِغَيْرِهِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مَجْرُوحًا بِالْجِرَاحَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأُولَى مَا كَانَتْ بِصُنْعِهِ، وَالثَّانِيَةُ ضَمِنَهَا مَرَّةً فَلَا يَضْمَنُهَا ثَانِيًا، وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّ بِالرَّمْيِ الْأَوَّلِ صَارَ بِحَالٍ يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ لَوْلَا رَمْيُ الثَّانِي، فَهَذَا بِالرَّمْيِ الثَّانِي أَفْسَدَ عَلَيْهِ نِصْفَ اللَّحْمِ فَيَضْمَنُهُ، وَلَا يَضْمَنُ النِّصْفَ الْآخَرَ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهُ مَرَّةً فَدَخَلَ ضَمَانُ اللَّحْمِ فِيهِ.

في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: صَارَ بِحَالٍ يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ، أي: لا يحل بذكاة الاضطرار وهو الرمي، فكان الرمي الثاني مفسدًا للحم لذلك.

وَإِنْ كَانَ رَمَاهُ الأَوَّلُ ثَانِيًا فَالجَوَابُ فِي حُكْمِ الإِبَاحَةِ كَالجَوَابِ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّامِي غَيْرَهُ، وَيَصِيرُ كَمَا إِذَا رَمَى صَيْدًا عَلَى قِمَّةِ جَبَلٍ فَأَثْخَنَهُ ثُمَّ رَمَاهُ ثَانِيًا فَأَنْزَلَهُ لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ مُحَرِّمٌ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الحَيَوَانِ وَمَا لا يُؤْكَلُ) لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا وَالصَّيْدُ لا يَخْتَصُّ بِمَأْكُولِ اللَّحْمِ، قَالَ قَائِلُهُمْ: شعر:

صَيْدُ المُلُوكِ أَرَانِب وَثَعَالِب * وَإِذَا رَكِبْتُ فَصَيْدِي الأَبْطَالُ

وَلِأَنَّ صَيْدَهُ سَبَبٌ لِلانْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ أَوْ شَعْرِهِ أَوْ رِيشِهِ أَوْ لِاسْتِدْفَاعِ شَرِّهِ وَكُلُّ ذَلِكَ مَشْرُوعٌ.

قوله: فَالجَوَابُ فِي حُكْمِ الإِبَاحَةِ، أي لا في حكم الضمان؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

(كِتَابُ الرَّهْنِ)

كتـاب الرهن

ذكر الرهن عقيب الصيد؛ إمَّا لأن كل واحد منهما وسيلة إلى تحصيل المال الذي يملك؛ وإمَّا لأن الذي سيملك فيهما له عرضية الحصول، وإن كان يتوي في الحال ويهلك.

ثمَّ محاسن الرهن هو النظر للجانبين، أعني: جانب الراهن وجانب المرتَهن.

أمَّا جانب الراهن: فإن المرتهن عسى أن يكون ألهَبَ الضرام، وألدَّ الخصام، خصوصًا ما إذا وجد رخصةٌ من جانب الشارع بصريح البيان، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «إن لصاحب الحق اليد واللسان»، فربما يزيد في تشدده، ويربو في تصعده، بحيث لا يدع الراهن يقتات، ولا يتركه يفتات، فالله تعالى رحمه وسوغ الرهن ليسهل أمره، ويتفسح به صدره، حتى يقدر على تحصيل ما يؤدي به دينه في فسحته، ويصون به عرضه وعينه في مهلته.

وأمَّا جانب المرتهن: فإن حصول الدين على عرضية التوى والتلف، لما عسى يذهب الراهن ماله بالتبذير والسرف، أو يقوم عليه غرماء يستوفون ماله، ويستحقون ماله، أو يجحد وليس للمرتهن بينة، أو يموت مفلسًا بغير كفالة بينة، فنظر الشارع للمرتهن بشرع الرهن، ليصل إلى دينه بآكد الأمر وأوثق المتن، حتى لو لم يفز بدينه كان فائزًا بما يعادله من رهنه، وهو الرؤوف أرحم الراحمين، وأحكم الحاكمين.

فيحتاج هاهنا إلى تفسير الرهن لغةً، وشريعةً، وسببه، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه.

أمَّا اللغة والشريعة فقد ذكرتا في الكتاب.

....

وأمَّا سببه: فمطالبة رب الدين رهن المديون عند تأخير أداء حقه وقتَ نشاطٍ ينبعث في الراهن على الرهن.

وأمَّا ركنه: فالإيجابُ وهو قول الراهن: رهنتُك هذا المال بدين لك عليَّ، وإنما جعلنا الركن مجرد الإيجاب من غير قبول؛ لأن الرهن عقد تبرع؛ لأن الراهن لمَّا أثبت للمرتَهن من اليد على المرهون لم يستوجب بإزاء ذلك شيئًا على المرتَهن، فكان تبرعًا من هذا الوجه، وما هذا سبيله لا يصير لازمًا إلا بالتسليم كالهبة، فكان الرهن مجرد الإيجاب من غير قبول كالهبة والصدقة، والحكم فيهما كذلك حتى قالوا: لو حلف لا يهب أو لا يتصدق، فوهبَ أو تصدقَ ولم يقبل الآخر حنث في يمينه، بخلاف البيع؛ لأنه معاوضة وتمليك وتملك من الجانبين، فكان الركن في البيع الإيجاب والقبول، ولهذا قالوا: لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث في يمينه، وإنما سمينا الإيجاب ركنًا؛ لأن الرهن به يوجد وركن الشيء ما يوجد به ذلك الشيء.

وأمَّا شرط جوازه: فأن يكون المال المرهون مقسومًا مفرزًا، ويكون فارغًا عن الشغل، وأن يكون الرهن حاصلًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، حتى إذا رهن بما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلًا، كالرهن بالقصاص والحدود والأعيان، وإنما سمينا هذا شرطًا؛ لأن الرهن لا يوجد بكون المال مفرزًا فارغًا عن الشغل، وبكون الحق شيئًا يمكن استيفاؤه من الرهن إنما يوجد بإيجاب الراهن، إلا أنه إذا وجد إيجاب الراهن لا يصح شرعًا ما لم يكن المال مفرزًا فارغًا عن الشغل، فهذا هو شرط جوازه، كالشهادة في باب النكاح، والمالية في باب البيع، والقبض شرط اللزوم لا شرط الجواز، فإن الرهن جائز قبل القبض إلا أنه غير لازم كالقبض في الهبة.

وأمَّا حكمه عندنا: فثبوت يد الاستيفاء للمرتَهن قبل الهلاك في حق الحبس إن لم يكن في حق الملك، فإن ما يثبت للمرتهن على الرهن يد الاستيفاء، ولهذا استحق حبسه عن الراهن كما لو استوفى حقيقة، وإنما سمَّينا هذا حكم الرهن؛ لأنه به يثبت، كالملك واليد حكم حقيقة الاستيفاء لمَّا ثبتَ الأمران بالاستيفاء حقيقةً، فكذلك هذا، كذا في «مبسوط شيخ

الرَّهْنُ لُغَةً: حَبْسُ الشَّيْءِ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَعْلُ الشَّيْءِ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ كَالدُّيُونِ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهَنَهُ بِهِ دِرْعَهُ» وَقَدِ انْعَقَدَ عَلَى ذَلِكَ الإِجْمَاعُ،

الإسلام» رحمه الله تعالى.

قوله: الرَّهْنُ لُغَةً: حَبْسُ الشَّيْءِ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ، وكذلك المرهون أي شيء كان مالًا أو غير مال، والدليل عليه قول الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ۝٣٨﴾ [المدثر: ٣٨]، أي: محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي.

قوله: وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَعْلُ الشَّيْءِ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ - أي: استيفاء الحق - مِنَ الرَّهْنِ - أي: المرهون - كَالدُّيُونِ، يمكن استيفاؤها من المال المرهون، وعن هذا لا يجوز الرهن عن الحدود والقصاص، ولا يجوز رهن المدبر.

الرِّهان: جمع رهن، كالزِّناد والعباد في جمع زند وعبد، فيجيء بيان القبض بعد هذا.

قوله: وَرَهَنَهُ بِهَا، أي: بالقيمة.

وفي «المبسوط»: «اشترى من يهوديٍّ طعامًا بنسيئة ورهن درعه»، وفي حديث أسماء بنت زيد: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي ودرعه مرهون عند يهودي بوسق من شعير».

ثم المشايخ رحمهم الله استخرجوا من الحديث أحكامًا فقالوا:

فيه دليل جواز الرهن في كل ما هو مال متقوم، ما يكون معدًّا للطاعة وما لا يكون معدًّا له في ذلك سواء، فإن درعه صلى الله عليه وسلم كان معدًّا للجهاد به فيكون دليلًا لنا على جواز رهن المصحف، بخلاف ما يقوله المتقشفة: أن ما يكون للطاعة لا يجوز رهنه؛ لأنه في صورة حبسه عن الطاعة.

وفيه دليل على أن الرهن جائز في الحضر والسفر جميعًا، فإن رهنه صلى الله عليه وسلم

وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ فَيُعْتَبَرُ بِالْوَثِيقَةِ فِي طَرَفِ الْوُجُوبِ وَهِيَ الْكَفَالَةُ.

بالمدينة في حال إقامته بِها، بخلاف ما يقوله أصحاب الظواهر: أن الرهن لا يجوز إلا في السفر لظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، والتعليق بالشرط يقتضي الفصل بين الوجود والعدم.

ولكنا نقول: ليس المراد به الشرط حقيقةً، بل ذكر ما يعتاده الناس في معاملاتِهم، فإنَّهم في الغالب يميلون إلى الرهن عند تعذر إمكان التوثق بالكتاب والشهود، والغالب أن ذلك يكون في السفر، والمعاملة الظاهرة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا بالرهن في الحضر والسفر دليل جوازه بكل حال.

وفيه دليل على أن المرتَهن يكون أحق بالرهن حال حياة الراهن وبعد وفاته؛ لأنه صلى الله عليه وسلم ماتَ ودرعه مرهونة، ولو لم يكن المرتَهن أحق بإمساك الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول الله صلى الله عليه وسلم مرهونة.

وفيه دليل على أنه لا بأس بأن يرهن المسلم سلاحًا من الذمي بدين عليه.

وفيه دليل على أنه لا بأس للإمام والقاضي أن يباشر البيع والشراء بنفسه في غير مجلس القضاء، خلافًا لما يقوله الشافعي رحمه الله.

وفيه دليل على أنه لا بأس بأن يشتري الإنسان شيئًا نسيئةً وإن أمكنه الشراء بالنقد، فإن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعامًا نسيئة وإن كان يمكنه الشراء بالنقد، بأن يبيع درعه ثم يشتري طعامًا بنقد، خلافًا لما يقوله بعض المتقشفة فإنَّهم قالوا: يكره للإنسان الشراء بالنسيئة إذا كان قادرًا على الشراء بالنقد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ، اعلم: أن للدين طرفين: طرف الوجوب، وطرف الاستيفاء؛ لأنه يجب أولًا في الذمة ثم يستوفي المال بعد ذلك، ثمَّ الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة، فكانت الوثيقة بطرف الاستيفاء الذي

قَالَ: (الرَّهْنُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَيَتِمُّ بِالقَبْضِ) قَالُوا: الرُّكْنُ الإِيجَابُ بِمُجَرَّدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالمُتَبَرِّعِ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالقَبْضُ شَرْطُ اللُّزُومِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَقَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُ بِنَفْسِ العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالمَالِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَصَارَ كَالبَيْعِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ فَأَشْبَهَ الكَفَالَةَ وَلَنَا مَا تَلَوْنَا، وَالمَصْدَرُ المَقْرُونُ بِحَرْفِ الفَاءِ فِي مَحَلِّ الجَزَاءِ يُرَادُ بِهِ الأَمْرُ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ لِمَا أَنَّ الرَّاهِنَ

يختص بالمال جائزة أيضًا، اعتبارًا بطريق الوجوب بل بالطريق الأولى؛ إذ الاستيفاء مقصود والوجوب وسيلة لهذا المقصود، فلمَّا شرعت الوثيقة في حق الوسيلة فلأن يشرع في حق المقصود أَوْلَى، إلى هذا أشار شيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: قَالُوا: الرُّكْنُ الإِيجَابُ بِمُجَرَّدِهِ، فمن الذين قالوا به شيخ الإسلام رحمه الله، وقد ذكرناه بتمامه.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني»: قال محمد رحمه الله في كتاب الرهن: لا يجوز الرهن إلا مقبوضًا، فقد أشار إلى أن القبض شرط جواز الرهن، ثم قال: قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله: الرهن قبل القبض جائز إلا أنه غير لازم، وإنما يصير لازمًا في حق الراهن بالقبض، فكان القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة، والأول أصح.

قوله: وَلَنَا مَا تَلَوْنَاهُ، وهو قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌۖ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فقد وصف الله تعالى الرهن بالقبض، فيقتضي أن يكون هذا وصفًا لازمًا للرهن لا يفارقه، كما وصف الله تعالى التجارة بالتراضي فصار التراضي وصفًا لازمًا، وكما وصف الشهادة بالعدالة وهي وصف لازم، فكذا هنا.

قوله: وَالمَصْدَرُ المَقْرُونُ بِحَرْفِ الفَاءِ فِي مَحَلِّ الجَزَاءِ يُرَادُ بِهِ الأَمْرُ، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۚ﴾ [البقرة: ١٨٤]، وقوله: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾ [النساء: ٩٢]، أي: فليصم عدة من أيام أخر،

لا يَسْتَوْجِبُ بِمُقَابَلَتِهِ عَلَى المُرْتَهِنِ شَيْئًا وَلِهَذَا لا يُجْبَرُ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْضَائِهِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ وَذَلِكَ بِالقَبْضِ، ثُمَّ يَكْتَفِي فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ

وليحرر رقبة مؤمنة.

ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظرٌ؛ لأن الرهان جمع رهن، كالنعل والنعال، والحبل والحبال، هكذا في كتب اللغة؛ ولأن قوله: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، بالتأنيث دال على أنه جمع وليس بمصدر.

ولو تمحل متمحل لتصحيح ما في الكتاب بقوله: تقديره: فرهن رهان مقبوضة، وكان المصدرُ محذوفًا، فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال: والمصدر المقرون بحرف الفاء أو الرهان لمَّا كان مصدرًا على قول صاحب الكتاب، كان إرادة المرهون به جائزًا كالرهن يراد به المرهون، حيث قال في الكتاب: وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ، أي: المرهون، فكذلك هاهنا، ثم أنَّث المرهون بتأويل السلعة أو العين، فقيل: مقبوضة بالتأنيث، كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة، لكان وجهًا بعيدًا؛ إذ في الأول ورود الإلباس، وفي الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته، والله تعالى أعلم.

ثم لمَّا كان بمعنى الأمر على أيِّ وجه كان، ولم يعمل بموجب الأمر الذي هو اللزوم في حق نفس الرهن، حيث لم يلزم الرهن على المديون بالإجماع وجبَ أن يعمل في شرطه وهو القبض، كما قلنا في قوله صلى الله عليه وسلم: «الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل» بالنصب، أي: بيعوا، فلم يعمل الأمر في نفس البيع؛ لأن البيع مباح غير واجب فصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا، فكذا هنا.

قوله: وَلِهَذَا لا يُجْبَرُ عَلَيْهِ، أي: على عقد الرهن.

قوله: كَمَا فِي الوَصِيَّةِ، أي: أن الوصية يحتاج فيها إلى الإمضاء، وهو أن لا يرجع عنها، وهاهنا أيضًا الرهن إنما يكون بالقبض كما في الهبة، أو أراد به الوصية بالتبرع.

قوله: ثُمَّ يَكْتَفِي فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ، وهي عبارة عن رفع المانع عن القبض.

بِحُكْمِ عَقْدٍ مَشْرُوعٍ فَأَشْبَهَ قَبْضَ المَبِيعِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَثْبُتُ فِي المَنْقُولِ إِلَّا بِالنَّقْلِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ ابْتِدَاءً بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ نَاقِلٌ لِلضَّمَانِ مِنَ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي وَلَيْسَ بِمُوجِبٍ ابْتِدَاءً وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (وَإِذَا قَبَضَهُ المُرْتَهِنُ مَحُوزًا مُفَرَّغًا مُتَمَيِّزًا تَمَّ العَقْدُ فِيهِ) لِوُجُودِ القَبْضِ بِكَمَالِهِ فَلَزِمَ العَقْدُ (وَمَا لَمْ يَقْبِضْهُ فَالرَّاهِنُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ سَلَّمَهُ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَنِ الرَّهْنِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ اللُّزُومَ بِالقَبْضِ إِذِ المَقْصُودُ لا يَحْصُلُ قَبْلَهُ.

قوله: مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ ابْتِدَاءً، أراد بابتداء الضمان هو أن لا يكون مضمونًا قبل العقد والرهن في يد الراهن، ولم يكن مضمونًا على الراهن حتى يكون الرهن نقلًا للضمان، فكان وجوب الضمان على المرتَهن ابتداءً كما في الغصب.

وقوله: بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، يعني: كما أن المغصوب لا يصير مضمونًا بالتخلية بدون النقل فكذلك المرهون، بخلاف الشراء فإنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري، فإن المبيع قبل التسليم إلى المشتري كان مضمونًا على البائع بالثمن، فانتقل المبيع منه إلى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم إليه، فلم يكن مضمونًا ابتداءً.

قوله: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لأن حقيقة الاستيفاء بالتخلية، والقبض الموجب لهذا الاستيفاء أيضًا يثبت بالتخلية.

وقوله: مَحُوزًا، احتراز عن رهن الثمر على رؤوس النخيل بدون النخيل، والزرع في الأرض بدون الأرض، **قوله: مُفَرَّغًا**، احتراز عن عكسه وهو رهن النخل بدون الثمر، ورهن الأرض بدون الزرع، **قوله: مُتَمَيِّزًا**، احتراز عن الشيوع في الرهن، بأن رهن نصف عبدٍ أو ثلثه.

قوله: إِذِ المَقْصُودُ لا يَحْصُلُ قَبْلَهُ، أي: قبل القبض؛ لأن الرهن استيفاء الدين حكمًا،

قَالَ: (وَإِذَا سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَقَبَضَهُ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ بِهَلَاكِهِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ، قَالَهَا ثَلَاثَةً، لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» قَالَ: وَمَعْنَاهُ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ فَبِهَلَاكِهِ لَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ اعْتِبَارًا بِهَلَاكِ الصَّكِّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ بَعْدَ الوَثِيقَةِ يَزْدَادُ مَعْنَى الصِّيَانَةِ، وَالسُّقُوطُ بِالهَلَاكِ يُضَادُّ مَا اقْتَضَاهُ العَقْدُ إِذَا لَحِقَ بِهِ يَصِيرُ بِعَرَضِ الهَلَاكِ وَهُوَ ضِدُّ الصِّيَانَةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلْمُرْتَهِنِ بَعْدَ مَا نَفَقَ فَرَسُ الرَّهْنِ عِنْدَهُ «ذَهَبَ حَقُّكَ»،

والاستيفاء حقيقةً لا يكون بدون القبض فكذا الاستيفاء حكمًا؛ لأن المقصود إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتَهن عليه، وذلك إنما يكون بالقبض.

قوله: لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ، قَالَهَا ثَلَاثَةً - أنَّثه على تأويل الكلمات - لِصَاحِبِهِ - أي: لصاحب الرهن وهو الراهن - غُنْمُهُ - أي: الزوائد - وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ، أي: هلاك الرهن عليه.

وقلنا: الصاحب يحتمل المرتَهن، كما يقال للمضارب: صاحب المال، والحمل عليه أوْلَى؛ لأن حقيقة الصحبة له فيصير كأنه قال: للمرتهن غُنمه: أي: الزوائد تصير رهنًا عنده، وعليه غُرمه، أي: هلاك الرهن على المرتَهن حيث يسقط به دينه، ولئن حمل الصاحب على الراهن فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه، والكفن حال موته.

قوله: قَالَ: - أي: قال الشافعي رحمه الله - وَمَعْنَاهُ - أي: ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ»، أي: - لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ، والدليل على أن معناه كذا حديث آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «الرهن من راهنه الذي رهنه، له غُنمه وعليه غُرمه»، فكان هذا تفسيرًا لذلك، أي: من ضمان راهنه.

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْمُرْتَهِنِ بَعْدَ مَا نَفَقَ فَرَسُ الرَّهْنِ عِنْدَهُ «ذَهَبَ

وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا غَمَّى الرَّهْنَ فَهُوَ بِمَا فِيهِ» مَعْنَاهُ: عَلَى مَا قَالُوا إِذَا اشْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا هَلَكَ وَإِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - عَلَى أَنَّ الرَّاهِنَ مَضْمُونٌ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِهِ، وَالقَوْلُ بِالأَمَانَةِ خَرْقٌ لَهُ، وَالمُرَادُ بِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا يُغْلَقُ الرَّهْنُ» عَلَى مَا قَالُوا الِاحْتِبَاسُ الكُلِّيُّ وَالتَّمَكُّنُ بِأَنْ يَصِيرَ مَمْلُوكًا لَهُ كَذَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ عَنِ السَّلَفِ وَلِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ وَهُوَ مِلْكُ اليَدِ وَالحَبْسِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يُنْبِئُ

حَقُّكَ»، ولا يجوز أن يقال: ذهب حقك في الحبس؛ لأن هذا ممَّا لا يشكل؛ ولأنه ذكر الحق منكرًا في أول الحديث بقوله: «إن رجلًا رهن فرسًا عند رجل بحق له عليه، فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال للمرتهن: ذهب حقك»، فذكر الحق منكرًا في أول الحديث ثم أعاده معرفًا، فيكون المراد بالمعرف ما هو المراد بالمنكر، قال الله تعالى: ﴿كَمَآ أَرۡسَلۡنَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ رَسُولٗا ۝١٥ فَعَصَىٰ فِرۡعَوۡنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥-١٦].

قوله: وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا غَمَّى الرَّهْنَ فَهُوَ بِمَا فِيهِ»، أي: الرهن مضمون بما فيه من الدين.

قوله: مَعْنَاهُ: عَلَى مَا قَالُوا إِذَا اشْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا هَلَكَ الرَّهْنُ، يعني: إذا قال الراهن: لا أدري كم كان قيمته، والمرتَهن كذلك قال، يكون الرهن بما فيه، كذا في «المبسوطين» حاكيًا هذا التأويل عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

قوله: وَإِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ، معطوف على **قوله:** وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، أي: ولنا إجماع الصحابة والتابعين أيضًا.

قوله: عَلَى أَنَّ الرَّاهِنَ مَضْمُونٌ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِهِ، وحاصل الاختلاف فيه بين العلماء على ثلاثة أقاويل: فعندنا هو مضمونٌ بأقل من قيمته ومن الدين، وعند شريح: هو مضمون بالدين قلَّت قيمته أو كثرت، فإنه قال: الرهن بما فيه وإن كان خاتم من حديد بمائة

عَنِ الحَبْسِ الدَّائِمِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وَقَالَ قَائِلُهُمْ: شعر:

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ لَهُ * يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

وَالأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ تَنْعَطِفُ عَلَى الأَلْفَاظِ عَلَى وَفْقِ الأَنْبَاءِ؛ وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ مُوصِلَةً إِلَيْهِ وَذَلِكَ ثَابِتٌ لَهُ بِمِلْكِ اليَدِ وَالحَبْسِ لِيَقَعَ الأَمْنُ مِنَ الجُحُودِ مَخَافَةَ جُحُودِ المُرْتَهِنِ الرَّهْنَ، وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَنِ الِانْتِفَاعِ بِهِ فَيَتَسَارَعُ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ لِحَاجَتِهِ أَوْ لِضَجَرِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَثْبُتُ الِاسْتِيفَاءُ

درهم، وفي إحدى الروايتين عن علي رضي الله عنه: يترادان الفضل، هذا بيان الاختلاف الذي كان بين المتقدمين في الرهن، إلى أن أحدث الشافعي رحمه الله قولًا رابعًا: إنه أمانة، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه، فاختلافهم على ثلاثة أقاويل يكون إجماعًا منهم على أنه ليس فيه قول رابع، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَالَ قَائِلُهُمْ، وهو زُهير.

قوله: وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ لَهُ * يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا، أي: ارتهنت حبيبته قلبه فذهبت به يوم التوديع واحتبست قلب المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه، وليس فيه ضمان ولا هلاك.

قوله: لِيَقَعَ الأَمْنُ مِنَ الجُحُودِ، أي: جحود الراهن الدين.

قوله: مَخَافَةَ جُحُودِ المُرْتَهِنِ الرَّهْنَ، أي: لا يجحد الراهن الدين خوفًا من أن يجحد المرتهن الرهن، فعسى تكون قيمة الرهن أكثر من الدين فيتضرر الراهن على تقدير جحود المرتهن فكان في الحبس الدائم فائدة، وهي وقوع الأمن من جحود الراهن الدين، فيحصل بالرهن وثيقة جانب استيفاء الدين بهذا الطريق، فكان اللام في: لِيَقَعَ، و: لِيَكُونَ، متعلقًا **بقوله:** وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ.

مِنْ وَجْهٍ وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالهَلَاكِ، فَلَوِ اسْتَوْفَاهُ ثَانِيًا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، بِخِلَافِ حَالَةِ القِيَامِ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُضُ هَذَا الِاسْتِيفَاءَ بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ فَلَا يَتَكَرَّرُ، وَلَا وَجْهَ إِلَى اسْتِيفَاءِ البَاقِي بِدُونِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالمَالِيَّةِ، أَمَّا العَيْنُ فَأَمَانَةٌ حَتَّى كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ فِي حَيَاتِهِ وَكَفَنِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ، وَكَذَا قَبْضُ الرَّهْنِ لَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الشِّرَاءِ إِذَا اشْتَرَاهُ المُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فَلَا تَنُوبُ عَنْ قَبْضِ ضَمَانٍ، وَمُوجِبُ العَقْدِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَهَذَا يُحَقِّقُ الصِّيَانَةَ، وَإِنْ كَانَ فَرَاغُ الذِّمَّةِ

قوله: فَلَوِ اسْتَوْفَاهُ ثَانِيًا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، أي: لو لم يسقط الدين يجب على الراهن الإيفاء رقبةً ويدًا ثانيًا، فيؤدي إلى تكرار الأداء فيما يرجع إلى اليد وهو معنى الربا.

قوله: وَلَا وَجْهَ إِلَى اسْتِيفَاءِ البَاقِي بِدُونِهِ، أي: لا وجه لاستيفاء ملك الرقبة بدون استيفاء ملك اليد للاستحالة.

قوله: وَالِاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالمَالِيَّةِ، أَمَّا العَيْنُ فَأَمَانَةٌ، هذا جواب عما تعلق به الشافعي رحمه الله فإنه يقول: كيف يكون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، وكيف يتحقق الاستيفاء بالهلاك مع أنَّ عين الرهن أمانة في يد المرتَهن، وبالأمانة كيف يتحقق؟

فأجابَ عنه بِهذا وقال: الاستيفاء يحصل من المالية دون العين، والاستيفاء بالعين يكون استبدالًا، والمرتَهن عندنا مستوف لا مستبدل، وإنما يتحقق الاستيفاء بجنس الحق، والمجانسة بين الأموال باعتبار صفة المالية دون العين، فكان هو أمينًا في العين والعين كالكيس في حقيقة الاستيفاء، فإنه لو أوفى حقه في كيس يكون ما في الكيس مضمونًا على القابض ويكون الكيس أمانة عنده.

قوله: وَمُوجِبُ العَقْدِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وهذا أيضًا جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه: أن القول بأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء يضاد الغرض في الرهن الذي هو الصيانة.

قلنا: إن معنى الصيانة يتحقق العين إذا صار المرتَهن بِهلاك الرهن مستوفيًا حقَّه، وإنما

مِنْ ضَرُورَاتِهِ كَمَا فِي الحَوَالَةِ فَالحَاصِلُ أَنَّ عِنْدَنَا حُكْمَ الرَّهْنِ صَيْرُورَةُ الرَّهْنِ مُحْتَبِسًا بِدَيْنِهِ بِإِثْبَاتِ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ عَلَيْهِ وَعِنْدَهُ تَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِالعَيْنِ اسْتِيفَاءً مِنْهُ عَيْنًا

ينعدم ذلك إذا قلنا بأنه يتوي دينه، والاستيفاء ليس بإتواءٍ للحق، وفي ثبوت الاستيفاء معنى الصيانة، ومن ضرورته فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء، فلا يخرج به من أن يكون وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة، فإنَّها توجب الدين في ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا ينعدم معنى الوثيقة، وكذلك المقصود بالعارية منفعة المستعير، ومن ضرورته حصول تلك المنفعة له أن تكون نفقته عليه، فلا يخرج به من أن يكون العقد محض منفعة له، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: لو تمسَّك الشافعي رضي الله عنه هنا بأحكام فقهية فيما ادَّعاه بأن قبض الرهن قبض أمانة لا قبض ضمان، من نحو قوله: إن ما زاد على قدر الدين أمانة في يد المرتَهن بالاتفاق، والقبض في الكل واحد، وما هو موجب الرهن وهو الحبس ثابت في الكل، فلا يجوز أن يثبت حكم الضمان بِهذا القبض في البعض دون البعض؛ ولأن المستحق لو استحق وضمن المرتهن فالمرتهن يرجع بالضمان والدين جميعًا على الراهن، ولو كان قبضه قبض ضمان لما رجع بالضمان عند الاستحقاق كالغاصب؛ ولأن المرتهن لو اشترى المرهون لا يصير قابضًا بنفس الشراء، ولو كان مضمونًا عليه بالقبض لنابَ قبضه عن قبض الشراء كقبض الغاصب؛ ولأن المقبوض بحكم الرهن الفاسد كرهن المشارع وغيره لا يكون مضمونًا، والفاسد معتبر بالجائز في حكم الضمان، ولو كان الجائز مضمونًا لكان الفاسد مضمونًا، وقولكم: حكم الضمان من ضرورة ثبوت حق الحبس غير مستقيم، فإن المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالأجرة المعجلة بمنزلة المرهون، حتى إذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر غرمائه، ثم لم يكن هو مضمونًا إذا هلكَ، وكذلك زوائد الرهن عندكم هي أمانة ومع ذلك لها حكم الرهن، علم أن معنى الأمانة لا تنافي حكم الرهن، والدليل على أنه أمانة أن النفقة على الراهن دون المرتهن كالوديعة، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: فكل هذا يخرج ممَّا ذكر في الكتاب **بقوله**: وَالِاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالمَالِيَّةِ، أَمَّا العَيْنُ

بِالبَيْعِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ عِدَّةٌ مِنَ المَسَائِلِ المُخْتَلَفِ فِيهَا بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَدَدْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى جُمْلَةً: مِنْهَا أَنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ عَنِ الِاسْتِرْدَادِ لِلانْتِفَاعِ؛

فَأَمَانَةٌ، لكن الشأن في تفسير ذلك، وهو أن الرهن مقبوض لوجه استيفاء الدين بلا شكٍّ؛ لأن المرتَهن إنما يقبض الرهن ليستوفي دينه بأن يضجر الراهن بإمساك الرهن فيوفي دينه، وهذا ممَّا لا خلاف فيه، ثم المقبوض على وجه الشيء كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان، ألا ترى أن المقبوض على سوم البيع يجعل كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان، ثم المقبوض بحقيقة الاستيفاء مضمون على القابض بما استوفى به، فكذلك المقبوض على جهة الاستيفاء، فلمَّا كان مقبوضًا لجانب استيفاء دينه كان الضمان مقدرًا بمقدار دينه لا محالة؛ لأن الاستيفاء بذلك القدر يتحقق، فصار كأن الراهن جعل مقدار الدين في وعاءٍ وسلمه إلى رب الدين ليستوفي حقه، فعند هلاكه في يده يتم الاستيفاء في مقدار حقه، فكذلك كان الفضل أمانة عنده، بمنزلة ما لو جعل خمسة عشر درهمًا في كيس ودفعه إلى صاحب الدين على أن يستوفي منه دينه عشرة، فيكون ضمينًا في مقدار دينه وأمينًا في الزيادة، فعُلِم بِهذا أن اتحاد القبض غير مانع لأن يكون بعض المقبوض مضمونًا وبعضه غير مضمون، بل أمانة.

وأمَّا رجوع المرتهن بالدين والضمان جميعًا عند الاستحقاق فلأجل الغرور، فالراهن هو المنتفع بقبض المرتهن بالدين والضمان من حيث أنه يصير موفيًا دينه عند هلاك الرهن، فيصير المرتهن مغرورًا من جهته من هذا الوجه، والمغرور يرجع على الغار بما ضمن، وبالاستحقاق يعلم أنه لم يكن رهنًا فيرجع بدينه، وفي مسألة شراء المرتهن إنما لا يصير المرتهن قابضًا بنفس الشراء؛ لأن الشراء يلاقي العين، وقد بيَّنا أن العين في حكم الأمانة، وقبض الأمانة دون قبض الشراء فلذلك لا ينوب عنه.

وأمَّا قوله: أن المقبوض بحكم الرهن الفاسد غير مضمون، قلنا: لا نسلم، بل هو مضمون عندنا، فإن المسلم إذا ارتهن من ذمي خمرًا أو عصيرًا فتخمر في يده كان مضمونًا عليه إذا هلك، وهو رهن فاسد، وأمَّا المرهون بأجرة النائحة والمغنية فلا عقد هناك، لا فاسد ولا جائز لانعدام الدين أصلًا، وكذلك رهن المشاع قد قامت الدلالة لنا على أن يد الاستيفاء

لِأَنَّهُ يَفُوتُ مُوجَبُهُ وَهُوَ الِاحْتِبَاسُ عَلَى الدَّوَامِ.

وَعِنْدَهُ لا يَمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لا يُنَافِي مُوجِبَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ وَسَيَأْتِيكَ البَوَاقِي فِي أَثْنَاءِ المَسَائِلِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

التي هي موجب الرهن لا تثبت في الجزء الشائع، فلهذا لا يكون مضمونًا.

وأمَّا مسألة الإجارة فإن يد المستأجر بعد فسخ الإجارة ليست بيد للاستيفاء؛ لأنَّها هي اليد التي كانت له قبل الفسخ، وإنما قبض العين المستأجر لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الأجرة من المالية، فلذلك لم يصر مستوفياً بِهلاك العين في يده.

وأمَّا اختصاصه به دون سائر الغرماء؛ لأنه كان مخصوصًا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة، وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة.

وأمَّا زوائد الرهن كولد الجارية المرهونة فإنَّها أمانة، وإن كانت يد المرتهن على الزوائد يد استيفاء، قلنا: إنما كان هكذا؛ لأن اليد في حق الزوائد يثبت بحكم السراية من الأصل لا بالعقد، وحكم العقد متى ثبت في الزوائد بطريق السراية من الأصل لا يثبت فيها ضمان العقد، وإن كانت يثبت فيها حكم العقد كولد المبيعة قبل القبض يسري إليه حكم العقد وهو الملك، حيث يثبت الملك فيه للمشتري ولا يثبت ضمان العقد فيه، حتى لو هلك في يد البائع لا يسقط بإزائه شيء من الثمن.

وأمَّا جواب النفقة على الراهن فقد ذكرنا أن العين أمانة عند المرتهن فنفقة الأمانة على صاحبها، كذا في «المبسوطين».

قوله: وَسَيَأْتِيكَ البَوَاقِي فِي أَثْنَاءِ المَسَائِلِ، ومن البواقي مسألة رهن المشاع فإنه لا يصح عندنا، وعنده يصح بناءً على هذا الأصل، فإن حكم الرهن لما كان عنده هو بعينه للبيع جاز رهن المشاع؛ لأن المشاع غير مانع لجواز البيع بالاتفاق، فكذا لجواز الرهن.

وأمَّا عندنا لمَّا كان حكم الرهن صيرورته محتبسًا بدينه لم يصح رهن المشاع؛ لأن المهايأة مع الشريك يمنع الاحتباس على ما يجيء تمامه.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ)؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَتْلُو الوُجُوبَ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -:

قوله: وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ، وقوله: مَضْمُونٍ، على وجه التأكيد، وإلا فجميع المديون مضمون، كذا في «شرح الأقطع».

وقيل: هو احتراز عن ضمان الدرك.

وفي «المبسوط»: والرهن بالدرك باطل؛ لأن الدرك ليس بمال مستحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن، ولو هلك في يد المرتهن لم يضمن؛ لأن ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء لا يسبق الوجوب.

ولا يصح أن يقال: فقوله: مَضْمُونٍ، احتراز عن بدل الكتابة؛ لأنه ذكر في «فتاوى قاضي خان»: أن المولى إذا أخذ من مكاتبه رهناً ببدل الكتابة جاز، وإن كان لا يجوز أخذ الكفيل ببدل الكتابة؛ لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلوا الوجوب فلا بدَّ من وجوب سابق على الاستيفاء ليكون الاستيفاء مبنيًّا عليه.

فإن قيل: أليس أنه إذا دفع ثوباً إلى رجل على أن يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنًا، وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين وقبل وجود سببه، فلا يكون الاستيفاء تاليًا للوجوب.

قلنا: لا، بل بعد وجود سببه؛ لأن القرض ثبت من حيث الاعتبار سابقًا عليه، كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم، يثبت البيع سابقًا على العتق، فإذا ثبتَ القرض سابقًا على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار، ثم لا يشترط وجوب الدين على الحقيقة لصحة الرهن لا محالة، بل يكتفى بوجوبه ظاهرًا، بيانه في المسائل التي ذكرها محمد رحمه الله في «الجامع».

فمن جملتها: رجل ادعى على رجل ألف درهم فجحد المدعى عليه ذلك، وصالحه المدعى عليه من ذلك على خمسمائة على الإنكار، وأعطاه بِها رهناً يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن، ثم تصادقا على أنه لا دين، فإن على المرتهن قيمة الرهن خمسمائة

وَيَدْخُلُ عَلَى هَذَا اللَّفْظِ الرَّهْنُ بِالأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِأَنْفُسِهَا، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا وَلا دَيْنَ وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ فِيهَا هُوَ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ

للراهن، فلو لم يأخذ حكم الرهن لما وجبَ عليه قيمة الرهن للراهن؛ لأنه أخذه بإذن المالك فلا يجب الضمان.

ثم إنما كان اعتبار الظاهر أوْلَى حتى صار الرهن مضمونـًا من اعتبار حكم الحقيقة حتى لا يصير الرهن مضمونًا؛ لما قلنا: أن قاعدة الشرع في بيان الأحكام على الظاهر لا على الحقائق والبواطن؛ لأن الاطلاع على الحقائق والبواطن لا يمكن، وإليه أشار في قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما أقضي بالظاهر، والله يتولى السرائر».

ومن جملتها: أن رجلًا اشترى من آخر عبدًا بألف درهم وقبضه ورهن بالثمن رهنًا، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم ظهر أن العبد حرٌّ أو مستحق ضمن المرتهن الأقل من قيمة الرهن ومن الثمن؛ لأن الرهن حصل لدين واجب ظاهر، ألا ترى أن قبل ظهور الحرية والاستحقاق لو اختصم البائع والمشتري إلى القاضي فالقاضي يقضي بالثمن، وقد ذكرنا أن وجوب الدين ظاهرًا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَيَدْخُلُ عَلَى هَذَا اللَّفْظِ - أي: ويشكل على **قوله: وَلا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ، - الأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِأَنْفُسِهَا**، هي المغصوبة، قيَّد **بقوله: بِأَنْفُسِهَا**، احترازًا عن الأعيان المضمونة بغيرها، وهي المبيع في يد البائع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن.

وفي «المبسوط»: اعلم بأن الرهن بالأعيان على ثلاثة أوجه:

أحدها: الرهن بعين هو أمانة وهو باطل؛ لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتَهن، وحق صاحب الأمانة في العين مقصور عليه، واستيفاؤه العين من عين آخر غير ممكن.

والثاني: الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وهو بالثمن، وهذا لا يجوز أيضـًا.

والثالث: الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيحٌ؛ لأن موجب العقد

مُخَلِّصٌ عَلَى مَا عَلَيْهِ أَكْثَرُ المَشَايِخِ وَهُوَ دَيْنٌ وَلِهَذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهَا، وَلَئِنْ كَانَ لا يَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الهَلاكِ وَلَكِنَّهُ يَجِبُ عِنْدَ الهَلاكِ بِالقَبْضِ السَّابِقِ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَبْضِ فَيَكُونُ رَهْنًا بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي الكَفَالَةِ، وَلِهَذَا لا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ المُقَيَّدَةُ بِهِ بِهَلاكِهِ، بِخِلَافِ الوَدِيعَةِ.

قَالَ: (وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الدَّيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ، وَقِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءٌ صَارَ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَالفَضْلُ

رد العين إن أمكن رد القيمة عند تعذر رد العين، وذلك دين يمكن استيفاؤه من مالية الرهن.

قوله: وَلِهَذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهَا، أي: بالأعيان المضمونة بنفسها.

قوله: وَلَئِنْ كَانَ لا يَجِبُ، أي: القيمة.

قوله: وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَبْضِ، أي: يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك.

قوله: وَلِهَذَا لا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ المُقَيَّدَةُ بِهِ بِهَلَاكِهِ، أي: بالعين المضمون بهلاكه، وقد ذكرنا أن الحوالة المقيَّدة بالعين على نوعين: أحدهما: عين هو وديعة، والثاني: عين هو غصب، ففي الوديعة تبطل الحوالة بهلاكها وعاد الدين إلى المحيل؛ لأن الوديعة هلكت لا إلى خلف، وفي الغصب لا تبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون فيجعل كأن المغصوب قائم فتبقى الحوالة لبقاء ما تقيدت هي به.

قوله: وَهُوَ مَضْمُونٌ - أي: الرهن مضمون - بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الدَّيْنِ، يوم القبض.

قوله: وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الدَّيْنِ، وفي بعض نسخ «القدوري»: (بأقل) بغير الألف واللام وهو خطأ، واعتبر هذا بقول القائل: مررتُ بأعلم من زيد وعمرٍو، ويكون الأعلم غيرهما، ولو قال: بالأعلم من زيد وعمرٍو، يكون الأعلم واحدًا منهما، وكلمة (من) للتمييز.

أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّ المَضْمُونَ بِقَدْرِ مَا يَقَعُ بِهِ الِاسْتِيفَاءُ وَذَاكَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ.

(وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ وَرَجَعَ المُرْتَهِنُ بِالفَضْلِ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ بِقَدْرِ المَالِيَّةِ وَقَالَ زُفَرُ: الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ، وَقِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفٌ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالدَّيْنُ أَلْفٌ رَجَعَ الرَّاهِنُ عَلَى المُرْتَهِنِ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَهُ حَدِيثُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَالَ: «يَتَرَادَّانِ الفَضْلَ فِي الرَّهْنِ» وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الدَّيْنِ مَرْهُونَةٌ لِكَوْنِهَا مَحْبُوسَةً بِهِ فَتَكُونُ مَضْمُونَةً اعْتِبَارًا بِقَدْرِ الدَّيْنِ، وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَبْدِ اللهِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّ يَدَ المُرْتَهِنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا تُوجِبُ الضَّمَانَ إِلَّا بِالقَدْرِ المُسْتَوْفِي كَمَا فِي حَقِيقَةِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالزِّيَادَةُ مَرْهُونَةٌ بِهِ ضَرُورَةَ امْتِنَاعِ حَبْسِ الأَصْلِ بِدُونِهَا وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ وَالمُرَادُ بِالتَّرَادِّ

قوله: لَهُ حَدِيثُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: «يَتَرَادَّانِ الفَضْلَ فِي الرَّهْنِ»، والتراد ما يكون من الجانبين كما في حقيقة الاستيفاء إذا أوفاه ألفي درهم في كيس وحقه في ألف، يصير ضامنًا قدر الدين لا غير والزيادة على قدر الدين أمانة، فكذلك هذا.

قوله: وَالزِّيَادَةُ مَرْهُونَةٌ بِهِ ضَرُورَةَ امْتِنَاعِ حَبْسِ الأَصْلِ بِدُونِهَا؛ لأنا لو لم نجعل الزيادة مرهونة يؤدي إلى الشيوع، أو نقول: وهو الأصح، والمذكور في «مبسوط شيخ الإسلام».

وإنما صارت الزيادة مرهونة؛ لأنه لا يمكنه حبس قدر الدين إلا بحبس الباقي، كما إذا رهن عبدًا قيمته أزيد من الدين حيث لا تتميز الزيادة من الأصل فيثبت له حبس الكل، حتى لو تميز الزيادة من قدر الدين لا يثبت له حبس الزيادة، بأن رهن عبدًا قيمته ألفا درهمًا يوم الرهن بألف درهم ثم قتل خطأ وقيمته يوم القتل ألفا درهم، فأخذ المرتهن ألفي درهم من القائل وأراد حبس الكل ليس له ذلك؛ لأنه أمكنه حبس قدر الدين بدون الزيادة، بخلاف ما نحن فيه.

قوله: وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ؛ لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن

فِيمَا يُرْوَى حَالَةَ البَيْعِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: المُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الفَضْلِ.

قَالَ: (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَيْنِهِ وَيَحْبِسَهُ بِهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ بَاقٍ بَعْدَ الرَّهْنِ وَالرَّهْنُ لِزِيَادَةِ الصِّيَانَةِ فَلَا تَمْتَنِعُ بِهِ المُطَالَبَةُ، وَالحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ، فَإِذَا ظَهَرَ مَطْلُهُ عِنْدَ القَاضِي يَحْبِسُهُ كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلَى التَّفْصِيلِ فِيمَا تَقَدَّمَ.

(وَإِذَا طَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَهُ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ مَالَهُ مَعَ قِيَامِ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلَاكِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ وَهُوَ مُحْتَمَلٌ (وَإِذَا أُحْضِرَ أُمِرَ الرَّاهِنُ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ أَوَّلًا) لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّ الرَّاهِنِ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ كَمَا فِي تَسْلِيمِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ يُحْضَرُ المَبِيعُ ثُمَّ يُسَلَّمُ الثَّمَنُ أَوَّلًا.

استعار الراهن الرهن من المرتَهن، فالرهن باق والضمان من المرتَهن منتفٍ على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

قوله: وَالمُرَادُ بِالتَّرَادِّ فِيمَا يُرْوَى حَالَةَ البَيْعِ، يعني: إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه، ولو كان زائدًا يرد الراهن زيادة الدين، وإنما حملنا التراد على حالة البيع توفيقًا بين حديثي علي رضي الله عنه.

قوله: فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ، أي: عن علي رضي الله عنه، وهو ما رُوي محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنه قال: «المرتهن أمين في الفضل»، فقد بيَّن بهذه الرواية أنه إنما أراد بالتراد التراد في حالة البيع لا في حالة الهلاك، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: كَمَا بَيَّنَّاهُ ... فِيمَا تَقَدَّمَ، أي: في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي.

وقوله: عَلَى التَّفْصِيلِ، وهو ما فصَّل فيه **بقوله: وَهَذَا** - أي: ترك الحبس - **إِذَا ثَبَتَ الحَقُّ بِإِقْرَارِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُمَاطِلًا**، وأمَّا إذا ثبتَ بالبينة حبسه كما ظهر لظهور المطل بإنكاره.

(وَإِنْ طَالَبَهُ بِالدَّيْنِ فِي غَيْرِ البَلَدِ الَّذِي وَقَعَ العَقْدُ فِيهِ، إِنْ كَانَ الرَّهْنُ مِمَّا لا حَمْلَ لَهُ وَلا مُؤْنَةَ، فَكَذَلِكَ الجَوَابُ)؛ لِأَنَّ الأَمَاكِنَ كُلَّهَا فِي حَقِّ التَّسْلِيمِ كَمَكَانٍ وَاحِدٍ فِيمَا لَيْسَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ؛ وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ فِيهِ فِي بَابِ السَّلَمِ بِالإِجْمَاعِ (وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يَسْتَوْفِي دَيْنَهُ وَلا يُكَلَّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ هَذَا نَقْلٌ، وَالوَاجِبُ عَلَيْهِ التَّسْلِيمُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ، لا النَّقْلُ مِنْ مَكَان إِلَى مَكَان؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ.

(وَلَوْ سَلَّطَ الرَّاهِنُ العَدْلَ عَلَى بَيْعِ المَرْهُونِ فَبَاعَهُ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ جَازَ) لِإِطْلَاقِ الأَمْرِ (فَلَوْ طَالَبَ المُرْتَهِنُ بِالدَّيْنِ لا يُكَلَّفُ المُرْتَهِنُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّهُ لا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الإِحْضَارِ (وَكَذَا إِذَا أَمَرَ المُرْتَهِنُ بِبَيْعِهِ فَبَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ دَيْنًا بِالبَيْعِ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ،

قوله: جَازَ لِإِطْلَاقِ الأَمْرِ، حتى لو قيَّده بالنقد لا يجوز بيعه نسيئةً.

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بأن قال: إن المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبعه حتى أنجو منه فباع بالنسيئة لا يجوز، بمنزلة ما لو قال لغيره: بع عبدي فإنِّي أحتاج إلى النفقة، ولو كان المرتهن هو العدل قال له الراهن: بعه واستوف دينك من ثمنه، فباع بالنسيئة يجوز كيف ما باع، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ لا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الإِحْضَارِ؛ لأنه يبيع الرهن بإذن الراهن فلم يكن للمرتهن قدرة إحضار الرهن.

قوله: وَكَذَا إِذَا أَمَرَ المُرْتَهِنُ بِبَيْعِهِ فَبَاعَهُ، أي: هاهُنا أيضاً لا يجب على المرتهن إحضار ثمن المرهون ليقبض حقه؛ لأن الرهن صار ديناً بتسليط الراهن فلا يجب عليه التسليم إلى أن يقبضه من مشتري الرهن، كذا في «زيادات الإمام العتابي» رحمه الله.

فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ (وَلَوْ قَبَضَهُ يُكَلَّفُ إِحْضَارَهُ لِقِيَامِ البَدَلِ مَقَامَ المُبْدَلِ)، إِلَّا أَنَّ الَّذِي يَتَوَلَّى قَبْضَ الثَّمَنِ هُوَ المُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَيْهِ، وَكَمَا يُكَلَّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ لِاسْتِيفَاءِ كُلِّ الدَّيْنِ يُكَلَّفُ لِاسْتِيفَاءِ

قوله: فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ؛ لأنه لمَّا باعه بإذنه صار كأنَّهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنًا بتراضيهما ابتداءً، لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن، ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن، فصار كأنه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يدي عدلٍ، كذا في «زيادات الإمام قاضي خان».

فإن قيل: لو رهن الدين ابتداء لا يصح.

قلنا: نعم، ولكن يبقى حكم الرهن في ثمن المرهون لكونه بدلًا عن المقبوض وهو قد كان صالحًا لذلك، ثم ثبتَ هذا الحكم في خلفه تبعًا لا مقصودًا.

وذكر في «الإيضاح»: وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن، فصار الثمن هو الرهن مقبوضًا كان أو غير مقبوض؛ لأنه لمَّا باعه صار ملكًا للمشتري فخرج عن الرهن، والثمن قائم مقامه فكان رهنًا وإن لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضًا، وإذا نوى كان من مال المرتهن؛ لأن بقاء عقد الرهن في الدين لكونه قائمًا مقام المبيع، ثم المرهون لو هلك يسقط الدين، كذلك هاهنا.

قوله: إِلَّا أَنَّ الَّذِي يَتَوَلَّى قَبْضَ الثَّمَنِ هُوَ المُرْتَهِنُ، هذا استثناء من **قوله: فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ**، على تقدير جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: لم يصر كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ؛ لأنه لو كان كذلك لما كان للمرتهن ولاية قبضه من المشتري كما لو كان الرهن في يد العدل، وحيث كان له ولاية قبضه من المشتري علم أنه لم يصر كأن الراهن رهنه وهو دين، فأجابَ عنه وقال: ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد.

قوله: وَكَمَا يُكَلَّفُ - أي: يكلف المرتهن - **إِحْضَارَ الرَّهْنِ لِاسْتِيفَاءِ كُلِّ الدَّيْنِ يُكَلَّفُ لِاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ قَدْ حَلَّ**، هذا إذا ادعى الرَّاهن هلاك الرهن، وأمَّا إذا لم يدع فلا حاجة

نَجْمٍ قَدْ حَلَّ لِاحْتِمَالِ الهَلَاكِ، ثُمَّ إذَا قَبَضَ الثَّمَنَ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِهِ لِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا قَتَلَ رَجُلُ العَبْدَ الرَّهْنَ خَطأً حَتَّى قَضَى بِهِ بِالقِيمَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَمْ يُجْبَرَ الرَّاهِنُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ حَتَّى يُحْضِرَ كُلَّ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ خَلَفٌ عَنِ الرَّهْنِ فَلَا بُدَّ مِنْ إحْضَارِ كُلِّهَا كَمَا لا بُدَّ مِنْ إحْضَارِ كُلِّ عَيْنِ الرَّهْنِ،

إلى إحضار الرهن؛ إذ لا فائدة فيه، وأمَّا إذا قال الراهن: قد توي الرهن فصار المرتهن مستوفيًا دينه وليس عليَّ من الدين شيء، وطلب من القاضي أن يأمره بالإحضار ليظهرَ حاله يأمره بالإحضار إذا كان في المصر الذي رهنه، وإلى هذا أشار **بقوله: لِاحْتِمَالِ الهَلَاكِ.**

وفي «زيادات العتابي»: فلو أن الراهن أراد أن يقضي بعض الدين هل يؤمر المرتهن بإحضار الرهن؟ في القياس لا يؤمر، وفي الاستحسان يؤمر بالإحضار إذا كان في بلدة؛ لأنه لا ضررَ في الإحضار وفيه فراغ قلب الراهن، ولكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين.

ثم قال: فإن قتل العبد المرهون خطأ حتى وجبت قيمته على عاقلة القاتل، لا يجبر الراهن على قضاء الدين ما لم تحصل القيمة من العاقلة؛ لأن العبد ما صار دينًا بتسليط من جهة الراهن، بخلاف البيع على ما مرَّ، فكل ما حصل من قيمته من العاقلة فللمرتهن أن يأخذه بحقه إن كان من جنس حقه دراهم أو دنانير، وإن قضي بالإبل أو الغنم فله حبسه إلى أن يقبض حقه؛ لأنه قائم مقام الرهن.

قوله: ثُمَّ إذَا قَبَضَ الثَّمَنَ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِهِ، أي: إذا قبض المرتهن الثمن يؤمر المرتهن بإحضار الثمن.

قوله: لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ، - أي: لقيام الثمن مقام الرهن - **وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا قَتَلَ رَجُلُ، فقوله:** (هَذَا) إشارة إلى **قوله: يُكَلَّفُ لِاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ قَدْ حَلَّ**، أي: في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة، وفيما نحن فيه بخلافه، حيث يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين.

وَمَا صَارَتْ قِيمَةً بِفِعْلِهِ، وَفِيمَا تَقَدَّمَ صَارَ دَيْنًا بِفِعْلِ الرَّاهِنِ فَلِهَذَا افْتَرَقَا.

(وَلَوْ وَضَعَ الرَّهْنَ عَلَى يَدِ العَدْلِ وَأُمِرَ أَنْ يُودِعَهُ غَيْرَهُ فَفَعَلَ ثُمَّ جَاءَ المُرْتَهِنُ يَطْلُبُ دَيْنَهُ لا يُكَلَّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْتَمَنْ عَلَيْهِ حَيْثُ وُضِعَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَسْلِيمُهُ فِي قُدْرَتِهِ (وَلَوْ وَضَعَهُ العَدْلُ فِي يَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ وَغَابَ وَطَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَهُ وَالَّذِي فِي يَدِهِ يَقُولُ أَوْدَعَنِي فُلَانٌ وَلا أَدْرِي لِمَنْ هُوَ يُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ إِحْضَارَ الرَّهْنِ لَيْسَ عَلَى المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا. (وَكَذَلِكَ إِذَا غَابَ العَدْلُ بِالرَّهْنِ وَلا يُدْرَى أَيْنَ هُوَ) لِمَا قُلْنَا.

(وَلَوْ أَنَّ الَّذِي أَوْدَعَهُ العَدْلُ جَحَدَ الرَّهْنَ وَقَالَ هُوَ مَالِيٌّ لَمْ يَرْجِعِ المُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ حَتَّى يَثْبُتَ كَوْنُهُ رَهْنًا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَحَدَ الرَّهْنَ فَقَدْ تَوَى المَالُ وَالتَّوَى عَلَى المُرْتَهِنِ فَيَتَحَقَّقُ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ وَلا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنَ البَيْعِ حَتَّى يَقْضِيَهُ الدَّيْنَ)؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الحَبْسُ الدَّائِمُ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ قَضَاهُ البَعْضَ فَلَهُ

قوله: وَمَا صَارَتْ قِيمَةً بِفِعْلِهِ، و(مَا) نافية، أي: ولم تصر قيمة العبد قيمة بفعل الراهن، بل بفعل الأجنبي، وفيما تقدم وهو بيع العدل أو المرتهن إنما صار دينًا بفعل الراهن.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله**: لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا.

قوله: وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنَ البَيْعِ حَتَّى يَقْضِيَهُ الدَّيْنَ، أي: إذا كان الرهن في يد المرتهن ليس على المرتهن أن يمكن الراهن من البيع، وإن كان يقول الراهن: إنما أبيع لأقضي دينك، ولفظ الزاد حتى يقضيه الدين من ثمنه؛ لأن في هذا نقض يد الاستيفاء، ورُبَّما لا يصل إليه دينه من ثمنه.

أَنْ يَحْبِسَ كُلَّ الرَّهْنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ البَقِيَّةَ) اعْتِبَارًا بِحَبْسِ المَبِيعِ (فَإِذَا قَضَاهُ الدَّيْنَ قِيلَ لَهُ سَلِّمِ الرَّهْنَ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنَ التَّسْلِيمِ لِوُصُولِ الحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ (فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ اسْتَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَوْفِيًا عِنْدَ

قوله: فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ - أي: لو هلك المرهون قبل تسليم المرتهن المرهون إلى الرَّاهن - اسْتَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ، من الدين.

فإن قلتَ: يشكل هذا في صورة الإبراء والهبة في جواب الاستحسان، فإنه إذا ارتهن عبدًا بألف درهم وقبضه وقيمته ألف درهم ثم وهب المرتهن المال للراهن، أو أبرأه منه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إيَّاه، فإنه لا ضمان عليه في الاستحسان، مع أن بقبض الرهن يثبت للمرتهن يد الاستيفاء، ويتم ذلك بِهلاك الرهن فصيرورته مستوفيًا بِهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقةً بعد الإبراء، ففي الاستيفاء حقيقةً بعد الإبراء يلزمه رد المستوفي، فيجب أن يكون هاهنا كذلك.

ولا يقال: لو وجب الضمان على المرتهن إنَّما يجب بسبب الإبراء وهو متبرع فيه فلا يوجب ضمانًا؛ لأنا نقول: إن وجوب الضمان عليه ليس بالإبراء بل بالاستيفاء بِهلاك الرهن، إلا أنه قبل الإبراء كان تقع المقاصة وبعد الإبراء لا يمكن إثبات المقاصَّة، فيبقي المستوفي مضمونًا عليه، كما لو استوفاه حقيقةً بعد الإبراء فإنه يلزمه ضمان المستوفي، والدليل على صحة هذا الإشكال أنَّهما لو تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن لبقاء القبض وإن انعدم الدين.

قلتُ: إن ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعًا؛ لأنه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار الدين، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين تنعدم بانعدام أحدهما، ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض، وهذا بخلاف ما لو استوفى الدين حقيقة؛ لأن هناك الدين بالاستيفاء لا يسقط بل يتقرر، فإن ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء، وحصول المقصود بالشيء يقرره وينهيه، وإذا بقي الدين حكمًا بقي ضمان الرهن وبِهلاك الرهن يصير مستوفيًا، فتبيَّن أنه استوفي مرَّتين

الهَلَاكِ بِالقَبْضِ السَّابِقِ، فَكَانَ الثَّانِي اسْتِيفَاءً بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ فَيَجِبُ رَدُّهُ.

(وَكَذَلِكَ لَوْ تَفَاسَخَا الرَّهْنَ لَهُ حَبْسُهُ مَا لَمْ يَقْبِضِ الدَّيْنَ أَوْ يُبْرِئْهُ، وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ

فيلزمه رد أحدهما، فأمَّا بالإبراء يسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين، فإذا تصادقا على أن لا دين فإنما يسلم هذا فيما إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن والدينُ كان واجبًا ظاهرًا حتى هلك، ووجوب الدين ظاهرًا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيًا، فأمَّا إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثمَّ هلك الرهن فإن هناك يهلك أمانة؛ لأن بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين.

والوجه الآخر وعليه الاعتماد أن مقصود الراهن عند تسليم الرهن إلى المرتهن أن يبرأ ذمته عند هلاك الرهن من غير أن يلزمه شيء آخر، وقد حصل له هذا المقصود بالإبراء قبل هلاك الرهن، فلا يستوجب عند هلاك الرهن شيئًا آخر، كمن عليه الدين المؤجل إذا عجل الدين ثم حل الأجل، وصاحب المال إذا عجل الزكاة ثم تمَّ الحول لا يلزمه شيء آخر بهذا المعنى، بخلاف ما إذا استوفى الدين فهناك مقصوده لم يحصل؛ لأن ذمته إنما برأت بما أعطي من المال، وإذا تصادقا على أن لا دين له ثمَّ هلك الرهن بعد ذلك لا يكون مضمونًا؛ لأن مقصوده حصل بالتصادق حتى لم يلزمه شيء آخر، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة» أصل هذا وقال: وإذا برئ الراهن من الدين من غير أداءٍ ولا إيفاءٍ، إمَّا بالهبة أو بالإبراء ثم هلك الرهن في يد المرتهن من غير أن يمنعه عن الراهن هلك مضمونًا عليه قياسًا، وفي الاستحسان يهلك أمانة وبه أخذ علماؤنا الثلاثة، وأمَّا إذا برئ الراهن بالإيفاء ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك مضمونًا، حتى يجب على المرتهن رد ما استوفي على الراهن، والوجه في ذلك أن عقد الرهن عقد استيفاء، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفيًا دينه بالعين في حق ملك اليد والحبس، ويتقرر ذلك الاستيفاء بالهلاك من وقت وجود القبض، فإذا هلك الرهن بعد قضاء الدين وتقرر الاستيفاء من وقت وجوده، ظهر أن القضاء حصل بعد الاستيفاء مرَّةً فظهر بطلان القضاء، فأمَّا الإبراء فيقتصر على الحال، ولا يظهر أنه كان قبل الاستيفاء فلا يظهر بطلان الاستيفاء.

إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ عَلَى وَجْهِ الفَسْخِ)؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى مَضْمُونًا مَا بَقِيَ القَبْضُ وَالدَّيْنُ (وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ سَقَطَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ بِهِ وَفَاءٌ بِالدَّيْنِ) لِبَقَاءِ الرَّهْنِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالرَّهْنِ لا بِاسْتِخْدَامٍ، وَلا بِسُكْنَى وَلا لُبْسٍ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ المَالِكُ)؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الحَبْسِ دُونَ الِانْتِفَاعِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ إِلَّا بِتَسْلِيطٍ مِنَ الرَّاهِنِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ وَيُعِيرَ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِانْتِفَاعِ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَسْلِيطَ غَيْرِهِ عَلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَلا يَبْطُلُ عَقْدُ الرَّهْنِ بِالتَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ)

وقوله: إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ عَلَى وَجْهِ الفَسْخِ، قيَّد به؛ لأنه لو ردَّه على الراهن على وجه العارية لا يبطل الرهن.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن الرهن - يَبْقَى مَضْمُونًا مَا بَقِيَ القَبْضُ وَالدَّيْنُ، أي: معًا، أمَّا لو بقي القبض دون الدين، أو على العكس لا يبقى مضمونًا؛ لأن كون الرهن مضمونًا إنما يثبت بعلة ذات وصفين وهما القبض والدين، فلا يبقى مضمونـًا بأحدهما وقد ذكرناه.[1]

قوله: وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالرَّهْنِ لا بِاسْتِخْدَامٍ، وَلا بِسُكْنَى، ولمَّا لم يكن للمرتهن الانتفاع بالرهن من حيث الاستخدام والسكنى، لأن لا يكون له الانتفاع بالوطء لو كان الرهن أمة بالطريق الأَوْلَى؛ لأن أمر الفرج أشد حرمةً ولكن مع هذا لو وطئها المرتهن على ظن أنَّها تحل له يسقط الحد عنه أيضـًا؛ لأنه يثبت له ملك اليد فيها بعقد الرهن وذلك مسقط للحدِّ، وكذلك لو استعار رجل أمةً ليرهنها فوطئها على ظن أنَّها تحل له يسقط الحد عنه أيضـًا؛ لأن حقه فيها نظير حق المرتهن فإن له حق إيفاء الدين بماليتها، وللمرتهن حق استيفاء الدين من ماليتها، وكما يسقط الحد باعتبار هذا المعنى عن المرتهن فكذلك عن الراهن ويكون المهر على الواطئ، كذا في باب العارية في الرهن من رهن «المبسوط».

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): أي: في مسألة الفرق بين الإبراء والاستيفاء قبل هذه.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ فِي عِيَالِهِ أَيْضًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ عَيْنَهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالوَدِيعَةِ (وَإِنْ حَفِظَهُ بِغَيْرِ مَنْ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَوْدَعَهُ ضَمِنَ) هَلْ يَضْمَنُ الثَّانِي فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَقَدْ بَيَّنَّا جَمِيعَ ذَلِكَ بِدَلَائِلِهِ فِي الوَدِيعَةِ (وَإِذَا تَعَدَّى المُرْتَهِنُ فِي الرَّهْنِ ضَمِنَهُ ضَمَانَ الغَصْبِ بِجَمِيعِ قِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى مِقْدَارِ الدَّيْنِ أَمَانَةٌ، وَالأَمَانَاتُ تُضْمَنُ بِالتَّعَدِّي (وَلَوْ رَهَنَهُ خَاتَمًا فَجَعَلَهُ فِي خِنْصِرِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالِاسْتِعْمَالِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ، وَإِنَّمَا الإِذْنُ بِالحِفْظِ وَاليُمْنَى وَاليُسْرَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ العَادَةَ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ.

(وَلَوْ جَعَلَهُ فِي بَقِيَّةِ الأَصَابِعِ كَانَ رَهْنًا بِمَا فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ لا يُلْبَسُ كَذَلِكَ عَادَةً فَكَانَ مِنْ بَابِ الحِفْظِ، وَكَذَا الطَّيْلَسَانُ إِنْ لَبِسَهُ لُبْسًا مُعْتَادًا ضَمِنَ، وَإِنْ وَضَعَهُ عَلَى عَاتِقِهِ لَمْ يَضْمَنْ (وَلَوْ رَهَنَهُ سَيْفَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً فَتَقَلَّدَهَا لَمْ يَضْمَنْ فِي الثَّلَاثَةِ وَضَمِنَ فِي السَّيْفَيْنِ)؛ لِأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ بَيْنَ الشُّجْعَانِ بِتَقَلُّدِ السَّيْفَيْنِ فِي الحَرْبِ وَلَمْ تَجْرِ بِتَقَلُّدِ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ لَبِسَ خَاتَمًا فَوْقَ خَاتَمٍ، إِنْ كَانَ هُوَ مِمَّنْ يَتَجَمَّلُ بِلُبْسِ خَاتَمَيْنِ ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ لا يَتَجَمَّلُ بِذَلِكَ فَهُوَ حَافِظٌ فَلَا يَضْمَنُ.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ فِي عِيَالِهِ أَيْضًا، وفي وديعة «الذخيرة»: وذكر محمد رحمه الله من جملة من في عياله زوجته، وولده، وأجيره الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مسانَهة.

ثم ذكر: والحاصل أن العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة للنفقة، ألا ترى أن المراة إذا أودعت وديعة فدفعت الوديعةَ إلى زوجها لا تضمن وإن لم يكن الزوج في نفقتها؛ لأنَّهما يسكنان معًا، وألا ترى أن الابن الكبير إذا كان ساكنًا مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج

قَالَ: (وَأُجْرَةُ البَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ فِيهِ الرَّهْنُ عَلَى المُرْتَهِنِ وَكَذَلِكَ أُجْرَةُ الحَافِظِ وَأُجْرَةُ الرَّاعِي وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ) وَالأَصْلُ أَنَّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَصْلَحَةِ الرَّهْنِ وَتَبْقِيَتِهِ فَهُوَ عَلَى الرَّاهِنِ سَوَاءٌ كَانَ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ العَيْنَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ، وَكَذَلِكَ مَنَافِعُهُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ فَيَكُونُ إِصْلَاحُهُ وَتَبْقِيَتُهُ عَلَيْهِ لِمَا أَنَّهُ مُؤْنَةُ مِلْكِهِ كَمَا فِي الوَدِيعَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ النَّفَقَةِ فِي مَأْكَلِهِ وَمَشْرَبِهِ، وَأُجْرَةُ الرَّاعِي فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَفُ الحَيَوَانِ، وَمِنْ هَذَا الجِنْسِ كِسْوَةُ الرَّقِيقِ وَأُجْرَةُ ظِئْرِ وَلَدِ الرَّهْنِ، وَسَقْيُ البُسْتَانِ، وَكَرْيُ النَّهْرِ وَتَلْقِيحُ نَخِيلِهِ وَجُذَاذُهُ، وَالقِيَامُ بِمَصَالِحِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ لِحِفْظِهِ أَوْ لِرَدِّهِ إِلَى يَدِ المُرْتَهِنِ أَوْ لِرَدِّ جُزْءٍ مِنْهُ فَهُوَ عَلَى المُرْتَهِنِ مِثْلُ أُجْرَةِ الحَافِظِ؛ لِأَنَّ الإِمْسَاكَ حَقٌّ لَهُ وَالحِفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَيَكُونُ بَدَلُهُ عَلَيْهِ،

المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فإنه لا يضمن، عُلِم أن العبرة لما قلنا.

قوله: وَأُجْرَةُ الرَّاعِي وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ، وإذا أبى الراهن أن ينفق على الرهن فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة، فإن هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن، وهذا قول زفر رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: ليس له أن يحبس بالنفقة، وإذا هلك في يد المرتهن فالنفقة دين على الراهن بحاله، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَمِنْ هَذَا الجِنْسِ، أي: ومن جنس ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته.

قوله: وَكُلُّ مَا كَانَ لِحِفْظِهِ - أي: لحفظ الرهن - أَوْ لِرَدِّهِ، أي: لرد الرهن، كجُعْل الأبق أو لردِّ جزءٍ منه كمداواة الجراح.

قوله: لِأَنَّ الإِمْسَاكَ حَقٌّ لَهُ وَالحِفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، ولهذا ذكر في «شرح الطحاوي»: حفظ المرهون على المرتهن، حتى أن الراهن لو شرط للمرتهن شيئاً على الحفظ لا يصح

وَكَذَلِكَ أُجْرَةُ البَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ الرَّهْنُ فِيهِ، وَهَذَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ كِرَاءَ المَأْوَى عَلَى الرَّاهِنِ بِمَنْزِلَةِ النَّفَقَةِ؛ لِأَنَّهُ سَعَى فِي تَبْقِيَتِهِ، وَمِنْ هَذَا القِسْمِ جُعْلُ الآبِقِ فَإِنَّهُ عَلَى المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى إِعَادَةِ الِاسْتِيفَاءِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ لِيَرُدَّهُ فَكَانَتْ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فَيَلْزَمُهُ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ وَالدَّيْنِ سَوَاءً.

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَعَلَيْهِ بِقَدْرِ المَضْمُونِ وَعَلَى الرَّاهِنِ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَالرَّدُّ لِإِعَادَةِ اليَدِ، وَيَدُهُ فِي الزِّيَادَةِ يَدُ المَالِكِ إِذْ هُوَ كَالمُودِعِ فِيهَا فَلِهَذَا يَكُونُ عَلَى المَالِكِ، وَهَذَا بِخِلَافِ أُجْرَةِ البَيْتِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فَإِنَّ كُلَّهَا تَجِبُ عَلَى المُرْتَهِنِ، وَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ فَضْلٌ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ ذَلِكَ بِسَبَبِ الحَبْسِ، وَحَقُّ الحَبْسِ فِي الكُلِّ ثَابِتٌ لَهُ فَأَمَّا الجُعْلُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ لِأَجْلِ الضَّمَانِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ المَضْمُونِ وَمُدَاوَاةُ الجِرَاحَةِ وَالقُرُوحِ وَمُعَالَجَةُ الأَمْرَاضِ وَالفِدَاءُ مِنَ الجِنَايَةِ تَنْقَسِمُ عَلَى المَضْمُونِ وَالأَمَانَةِ، وَالخَرَاجُ عَلَى الرَّاهِنِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنِ المِلْكِ، وَالعُشْرُ فِيمَا يَخْرُجُ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ المُرْتَهِنِ لِتَعَلُّقِهِ بِالعَيْنِ،

ولا يسعه، بخلاف الوديعة؛ فإن المودِع إذا شرط للمودع شيئًا على الحفظ يصح.

قوله: وَمِنْ هَذَا القِسْمِ جُعْلُ الآبِقِ، أي: ومن القسم الذي تجب مؤنته على المرتهن.

قوله: وَمُدَاوَاةُ الجِرَاحَةِ، إلى قوله: تَنْقَسِمُ عَلَى المَضْمُونِ وَالأَمَانَةِ، يعني: ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن، وما كان من حصة الأمانة فعلى الراهن؛ لأن المرتهن في حصة الأمانة مودع ونفقة الوديعة على المودع.

قوله: لِتَعَلُّقِهِ بِالعَيْنِ، بخلاف حق المرتهن، فإن حقه متعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين، والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين كان مقدمًا على ما

وَلا يَبْطُلُ الرَّهْنُ فِي البَاقِي؛ لِأَنَّ وُجُوبَهُ لا يُنَافِي مِلْكَهُ، بِخِلَافِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلَى صَاحِبِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَمَا أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلَى الآخَرِ بِأَمْرِ القَاضِي رَجَعَ عَلَيْهِ كَأَنَّ صَاحِبَهُ أَمَرَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ القَاضِي عَامَّةٌ.

يتعلق بماليته.

قوله: وَلا يَبْطُلُ الرَّهْنُ فِي البَاقِي، وإنما ذكر هذا لنفي شبهة ترد على **قوله:** لِتَعَلُّقِهِ بِالعَيْنِ، يعني: لمَّا كان العشر متعلقاً بعين الجارح والجارح عين كالأرض فكان الاستحقاق بالعشر بمنزلة الاستحقاق في بعض الأرض، والاستحقاق في بعض الأرض يبطل الرهن لثبوت الشيوع في الرهن فكذا في الاستحقاق بالعشر.

ثم صورة المسألة ما إذا ارتهن الرجل أرضًا فيها نخل وشجر وزرع، وارتهن ذلك معها وهي من أرض العشر فأخذ السلطان العُشر من الغلة فإنه لا يسقط شيء من الدين؛ لأن الراهن بقدر العشر من الغلة قضى حقًّا واجبًا عليه فلا يجوز أن يسقط به الدين؛ إذ لو سقط به الدين أدي إلى أن يصير قاضيًا بمال واحدٍ حقين: الدين والعشر، وهذا لا يجوز، ولا يبطل به الرهن فيما بقي، وليس هذا بمنزلة نصيب مستحق؛ لأنه متى استُحق قدر العشر من الرهن ظهر أن الرهن لم يصح في قدر المستحق؛ لأنه ملك الغير، وإنما صحَّ فيما وراه، وما وراه مشاع ورهن المشاع باطل، وأمَّا بأخذ العشر لم يظهر الرهن بأنه لم يكن منعقدًا على قدر العشر؛ لأن قدر العشر كان ملكه أيضاً، ألا ترى أنه لو باعه جاز البيع، ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل، ثم خرج هذا الجزء بأخذ السطان والباقي مقسوم، فلم يتمكّن الشيوع في الرهن لا طارئاً ولا مقارناً، كذا في «المبسوطين».

وإنما جعلنا الخارج من الأرض المرهونة في حكم الرهن؛ لأن الخارج بماء تولد من الأرض فأخذ حكمها كولد المرهونة.

قوله: فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ؛ لأنه قضى دين غيره بغير أمره.

قوله: وَمَا أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلَى الآخَرِ بِأَمْرِ القَاضِي، يجب عليه، فبمجرد أمر

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَرْجِعُ إِذَا كَانَ صَاحِبُهُ حَاضِرًا وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِ القَاضِي وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِنَّهُ يَرْجِعُ فِي الوَجْهَيْنِ، وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ الحَجْرِ،

القاضي لا يرجع عليه ما لم يجعل دينًا عليه على ما هو المذكور في «الذخيرة»، وقال:

وما أنفق المرتهن على الرهن والراهن غائبٌ فهو منه تطوع، فإن أمره القاضي أن ينفق عليه ويجعل دينًا على الراهن فهو دين عليه.

ثم قال: فقد أشار إلى أنه بمجرد أمر القاضي لا تصير النفقة دينًا على الراهن حيث قال: ويجعله القاضي دينًا عليه، قال شمس الأئمة: وهكذا نقول في كتاب اللقطة، وأكثر مشايخنا على هذا أنه لا بدَّ من التنصيص على أن يكون ذلك دينًا على الراهن، إمَّا بمجرد الأمر بالإنفاق فلا يصير دينًا؛ وهذا لأن أمر القاضي في هذا الموضع ما كان لازمًا المأمور شيئًا، فإنه لا يلزمه بالاتفاق؛ لأن الأمر بذلك يتردد بين الأمر بالإنفاق حسبه وبين الأمر بالإنفاق ليكون دينًا له عليه، فعند الإطلاق لا يثبت إلا أدناهما فلا يثبت دينًا إلا بالتنصيص عليه.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين صاحب العلو إذا بنى السفل، فإن هناك في الرجوع على صاحب السفل لا يتوقف أمره إلى جعله دينًا ولا إلى أمره، بل يرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل وإن لم يأمره القاضي بالبناء.

قلتُ: إنما نشأ الفرق بينهما من حيث أن صاحب العلو مضطر في بناء علوه، سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا؛ لأنه لو رفع الأمر إلى القاضي إن كان صاحب السفل حاضرًا لا يجبره على البناء إذا انهدم بنفسه، وإن كان غائبًا لا يأمره بالبناء، فلم يبق لصاحب العلو في إصلاح حقِّه طريق سوى البناء، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الراهن إذا كان حاضرًا فالمرتهن بالإنفاق غير مضطر؛ لأنه إذا رفع الأمر إلى القاضي فالقاضي يأمر الراهن بالإنفاق، وأمَّا إذا كان غائبًا يأمر المرتهن بالإنفاق عليه ليرجع عليه بما أنفق إن رأى النظر للغائب، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ الحَجْرِ، فمذهب أبي حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يلي على

وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الحاضر، وعندهما يلي عليه، كذا في «الإيضاح».

يعني: عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لمَّا نفذ حجر القاضي على الحرِّ كان نافذًا حال غيبته وحضرته، وعند أبي حنيفة رحمه الله لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجورًا عليه وهو لا يراه، بخلاف حال غيبته؛ لأن فيها ضرورةً، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَالِارْتِهَانُ بِهِ وَمَا لا يَجُوزُ)

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ المُشَاعِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ، وَلَنَا فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لمَّا ذكر مقدمات مسائل الرهن، ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز؛ إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال.

قوله: وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ المُشَاعِ، سواء كان مشاعًا يحتمل القسمة أو لا يحتمل، وسواء رهن من أجنبيٍّ، أو من شريكه، والشيوع الطارئ يبطل الرهن وهو الصحيح.

وصورته: أن يرهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف، أو ما أشبه ذلك، ثم ذكر أن رهن المشاع لا يجوز، ولم يتعرض على أنه فاسد أو باطل، وفيما أشار إليه في «الذخيرة»، و«المغني» دليل على أنه فاسد لا باطل، فالمقبوض بحكم الرهن الفاسد يتعلق به الضمان وهو الصحيح، والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلًا؛ لأن الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدًا أصلًا كالباطل من البيوع، والفاسد منه ما يكون منعقدًا لكن بوصف الفاسد كالفاسد من البيوع، وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالًا والمقابل به يكون مالًا مضمونًا، وهو شرط جواز الرهن.

ثم قال: ففي كل موضع كان الرهن مالًا والمقابل مضمونًا، إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد، لكن بصفة الفساد لانعدام شرط الجواز، وفي كل موضع لم يكن الرهن مالًا، أو لم يكن المقابل به مضمونًا لا ينعقد الرهن أصلًا.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ، وإنما لم يذكر دليله في الكتاب؛ لأن أصل دليله

يَبْتَنِي عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، فَإِنَّهُ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَهَذَا لا يُتَصَوَّرُ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ العَقْدُ وَهُوَ المُشَاعُ وَعِنْدَهُ المُشَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الحُكْمُ عِنْدَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ وَالثَّانِي أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ هُوَ الحَبْسُ الدَّائِمُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ،

ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا وهو قوله: وَعِنْدَهُ المُشَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الحُكْمُ عِنْدَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ، فإنه يقول: المشاع عين يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم.

قوله: وَهَذَا - أي: ثبوت يد الاستيفاء - لا يُتَصَوَّرُ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ العَقْدُ وَهُوَ المُشَاعُ، بيان هذا أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن، على ما بيَّنا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء، ويد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يتحقق؛ لأن اليد حقيقة لا تثبت إلا على جزء معين، وإذا كان المرهون جزءًا شائعًا لو ثبتَ حكم الرهن إنما يكون عند التخلي عن جميع العين، أو عند نقل جميع العين حقيقةً، ونصف العين ليس بمعقود عليه، وإذا كان موجب العقد لا يتحقق إلا باعتبار ما ليس بمعقود عليه لا ينعقد العقد أصلًا، كما لو استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب، وبهذا يتبين أن العين كان فيما هو موجب الرهن غير محتمل للتجزي، وعند إضافة العقد إلى نصفه لم يثبت في كله؛ لأن ذكر النصف هاهنا ليس بعبارة عن الكل بالاتفاق فيبطل العقد أصلًا.

فإن قلتَ: كيف يستقيم هذا؟ فموجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن، والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقةً، فإن من كان له على غيره عشرة فدفع إليه المديون كيسًا فيه عشرون درهمًا ليستوفي حقه منه يصير مستوفيًا حقه من النصف شائعًا، وإذا كان الشيوع لا يمنع حقيقةَ الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء؟

قلنا: موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفي، واليد تبتني على الملك، والشيوع لا يمنع الملك، فما هو الموجب يمكن إثباته في الجزء الشائع هناك، وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء فقط وذلك لا يتحقق في الجزء الشائع، وبهذا الطريق سوَّينا في حكم الرهن بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتمل القسمة، بخلاف الهبة، فإن موجب العقد هناك الملك،

أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى المَقْصُودِ مِنْهُ وَهُوَ الِاسْتِيثَاقُ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ، وَلا يُفْضِي إِلَيْهِ إِلَّا اسْتِحْقَاقُ الحَبْسِ، وَلَوْ جَوَّزْنَاهُ فِي المُشَاعِ يَفُوتُ الدَّوَامُ؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ المُهَايَأَةِ فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا قَالَ رَهَنْتُكَ يَوْمًا وَيَوْمًا لا، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ وَمَا لا يَحْتَمِلُهَا، بِخِلَافِ الهِبَةِ حَيْثُ يَجُوزُ فِيمَا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ لِأَنَّ المَانِعَ فِي الهِبَةِ غَرَامَةُ القِسْمَةِ وَهُوَ فِيمَا يُقَسَّمُ، أَمَّا حُكْمُ الهِبَةِ المِلْكُ وَالمُشَاعُ يَقْبَلُهُ، وَهَا هُنَا الحُكْمُ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَالمُشَاعُ لا يَقْبَلُهُ وَإِنْ كَانَ لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وَلا يَجُوزُ مِنْ شَرِيكِهِ؛ لِأَنَّهُ لا يُقْبَلُ حُكْمُهُ عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي يَسْكُنُ يَوْمًا بِحُكْمِ المِلْكِ وَيَوْمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ رَهَنَ يَوْمًا وَيَوْمًا لا وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ يَمْنَعُ بَقَاءَ الرَّهْنِ

والقبض شرط تمام ذلك العقد، فيراعى وجوده في كل محل بحسب الإمكان، ولهذا لم نجوز رهن المشاع من الشريك أيضًا؛ لأن موجب العقد لا يتحقق فيما أضيف إليه العقد، سواء كان العقد مع الشريك أو مع الأجنبي، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهُوَ الِاسْتِيثَاقُ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، وهو **قوله:** وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَنِ الِانْتِفَاعِ بِهِ فَيَتَسَارَعُ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ لِحَاجَتِهِ أَوْ لِضَجَرِهِ.

قوله: وَكُلُّ ذَلِكَ، أي: من هذه الأشياء الثلاثة، وهي **قوله:** أَحَدُهُمَا يَبْتَنِي عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، فَإِنَّهُ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، **وقوله:** وَالثَّانِي أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ هُوَ الحَبْسُ الدَّائِمُ، **وقوله:** أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى المَقْصُودِ مِنْهُ وَهُوَ الِاسْتِيثَاقُ.

قوله: وَلا يُفْضِي إِلَيْهِ، أي: إلى الحبس الدائم.

قوله: وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ، صورته: ما ذكرنا أن يرهن جميع العين ثم تفاسخا في البعض،

فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَمْنَعُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ البَقَاءِ أَسْهَلُ مِنْ حُكْمِ الِابْتِدَاءِ فَأَشْبَهَ الهِبَةَ وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ وَمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ، فَالِابْتِدَاءُ وَالبَقَاءُ سَوَاءٌ كَالمَحْرَمِيَّةِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ؛ لِأَنَّ المُشَاعَ يَقْبَلُ حُكْمَهَا وَهُوَ المِلْكُ، وَاعْتِبَارُ القَبْضِ فِي الِابْتِدَاءِ لِنَفْيِ الغَرَامَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلا حَاجَةَ إِلَى اعْتِبَارِهِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَلِهَذَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي بَعْضِ الهِبَةِ، وَلا يَجُوزُ فَسْخُ العَقْدِ فِي بَعْضِ الرَّهْنِ.

قَالَ: (وَلا رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلَى رُءُوسِ النَّخِيلِ، وَلا زَرْعِ الأَرْضِ دُونَ الأَرْضِ، وَلا رَهْنُ النَّخِيلِ فِي الأَرْضِ دُونَهَا)؛ لِأَنَّ المَرْهُونَ مُتَّصِلٌ بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ خِلْقَةً فَكَانَ فِي

أو أذن الراهن العدل بأن يبيع الرهن كيف شاء، فباع نصفه بطل الرهن.

قوله: وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي، وهو قوله: وَالثَّانِي أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ هُوَ الحَبْسُ الدَّائِمُ، أي: لا يجوز رهنه من شريكه على الوجهين جميعًا.

وفي «الإيضاح»: ورهن المشاع من الشريك لا يجوز؛ لما ذكرنا أن الشائع ليس بمحل لحكم الرهن؛ لأنه لا يقبله؛ ولأنا إذا جوزنا من المالك يمسك يومًا بحكم الملك، ويومًا بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يومًا ويومًا لا.

قوله: ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَمْنَعُ، أي: أن الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة؛ لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء، ألا ترى أن معتدة الغير لا يجوز أن تكون محلًا للنكاح ابتداءً، ويبقى النكاح في حقها بأن وطئت امرأة الرجل بشبهة تعتد هي لذلك الوطء ولا يبطل النكاح، وكالشيوع الطارئ في الهبة، فإنه يمنع ابتداء الهبة ولا يمنع بقاءها.

قوله: فَكَانَ فِي مَعْنَى الشَّائِعِ؛ لأنه لا يمكن حبسه إلا بغيره فإن بينهما اختلاطًا

مَعْنَى الشَّائِعِ (وَكَذَا إِذَا رَهَنَ الأَرْضَ دُونَ النَّخِيلِ أَوْ دُونَ الزَّرْعِ أَوِ النَّخِيلِ دُونَ الثَّمَرِ)؛ لِأَنَّ الِاتِّصَالَ يَقُومُ بِالطَّرَفَيْنِ، فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ المَرْهُونَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ قَبْضُ المَرْهُونِ وَحْدَهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ رَهْنَ الأَرْضِ بِدُونِ الشَّجَرِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الشَّجَرَ اسْمٌ لِلنَّابِتِ فَيَكُونُ اسْتِثْنَاءُ الأَشْجَارِ بِمَوَاضِعِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ الدَّارَ دُونَ البِنَاءِ؛ لِأَنَّ البِنَاءَ اسْمٌ لِلْمَبْنَى فَيَصِيرُ رَاهِنًا جَمِيعَ الأَرْضِ وَهِيَ مَشْغُولَةٌ بِمِلْكِ الرَّاهِنِ.

(وَلَوْ رَهَنَ النَّخِيلَ بِمَوَاضِعِهَا جَازَ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ مُجَاوِرَةٌ وَهِيَ لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ (وَلَوْ كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِاتِّصَالِهِ بِهِ فَيَدْخُلُ تَبَعًا تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَ النَّخِيلِ بِدُونِ الثَّمَرِ جَائِزٌ، وَلا ضَرُورَةَ إِلَى إِدْخَالِهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وَبِخِلَافِ المَتَاعِ فِي الدَّارِ حَيْثُ لا يَدْخُلُ فِي رَهْنِ الدَّارِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ

وامتزاجًا، فلم يكم المرهون وحده قابلًا للحبس.

قوله: لِأَنَّ الشَّجَرَ اسْمٌ لِلنَّابِتِ، ألا ترى أن بعد القلع يكون جذعًا، فكأنه استثنى الأشجار بمواضعها من الأرض، وإنما يتناول عقد الرهن ما سوى ذلك الموضع من الأرض وهو معين معلوم، بخلاف البناء؛ فإنه اسم لما يكون مبنيًا دون الأرض فيصير راهنًا بجميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن.

قوله: وَلَوْ رَهَنَ النَّخِيلَ بِمَوَاضِعِهَا جَازَ؛ لما ذكر في الكتاب.

قوله: فَيَدْخُلُ - الثمر - تَبَعًا تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ؛ لأنه لو لم يدخل الثمر في رهن النخيل كان في معنى رهن المشاع، مع أن الثمر لو دخل في الرهن لا يكون على الراهن كثير ضرر؛ لأن ملكه لا يزول، بخلاف البيع؛ حيث لا تدخل الثمار هناك في بيع النخيل إلا بالذكر؛ لأن تصحيح عقد البيع في النخيل بدون الثمار ممكن؛ لأن الشيوع الطارئ أو المقارن غير مانع

لَيْسَ بِتَابِعٍ بِوَجْهٍ مَا، وَكَذَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالرَّطْبَةُ فِي رَهْنِ الأَرْضِ وَلا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الثَّمَرَةِ.

(وَيَدْخُلُ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ فِي رَهْنِ الأَرْضِ وَالدَّارِ وَالْقَرْيَةِ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ رَهَنَ الدَّارَ بِمَا فِيهَا جَازَ وَلَوِ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ، إِنْ كَانَ الْبَاقِي يَجُوزُ ابْتِدَاءُ الرَّهْنِ عَلَيْهِ وَحْدَهُ بَقِيَ رَهْنًا بِحِصَّتِهِ وَإِلَّا بَطَلَ كُلُّهُ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ جُعِلَ كَأَنَّهُ مَا وَرَدَ إِلَّا عَلَى الْبَاقِي،

لصحة البيع.

فإن قيل: ليس أنه لو رهن دارًا هي مشغولة بأمتعة الراهن لا يصح الرهن، ولا يقال: هناك لمَّا لم يكن تصحيح هذا العقد إلا بإدخال الأمتعة ينبغي أن تدخل الأمتعة في الرهن لتصحيح العقد، كما دخل الثمار في رهن النخيل لتصحيح العقد؟

قلنا: لا اتصال للأمتعة بالدار، ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الأمتعة، ولمَّا لم يكن لها اتصال لم يحتج إلى إدخالها حتى يصح العقد، بخلاف الثمار فهي متصلة بالنخيل، والاتصال هاهنا من وجهٍ صارت كأنَّها من النخيل، ألا ترى أنه لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها تدخل الثمار، فاحتيج إلى إدخالها لاتصالها خلقةً، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح» الفرق بينهما فقال: الزرع والثمر تابع للأرض والنخل، إلا أن هذه التبعية ليست بلازمة؛ لأنَّها للقطع، فجاز أن تدخل في الرهن، وأمَّا المتاع فليس بتابع بوجه ما فلا يدخل من غير تسمية.

قوله: وَلَوِ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ، إِنْ كَانَ الْبَاقِي يَجُوزُ ابْتِدَاءُ الرَّهْنِ عَلَيْهِ وَحْدَهُ بَقِيَ رَهْنًا بِحِصَّتِهِ - وهو فيما إذا بقي الباقي شيئاً معيناً غير مشاع - **وَإِلَّا بَطَلَ كُلُّهُ**، يعني: فيما إذا بقي الباقي مشاعًا.

والدليل على ما قلنا من التفسير ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله في «مبسوطه»، حيث قال:

وَيَمْنَعُ التَّسْلِيمَ كَوْنُ الرَّاهِنِ أَوْ مَتَاعِهِ فِي الدَّارِ الْمَرْهُونَةِ، وَكَذَا مَتَاعُهُ فِي الوِعَاءِ الْمَرْهُونِ، وَيَمْنَعُ تَسْلِيمَ الدَّابَّةِ الْمَرْهُونَةِ الحَمْلُ عَلَيْهَا فَلَا يَتِمُّ حَتَّى يُلْقِيَ الحِمْلَ؛ لِأَنَّهُ شَاغِلٌ لَهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ الحِمْلَ دُونَهَا حَيْثُ يَكُونُ رَهْنًا تَامًّا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ مَشْغُولَةٌ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَهَنَ مَتَاعًا فِي دَارٍ أَوْ فِي وِعَاءٍ دُونَ الدَّارِ وَالوِعَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ سَرْجًا عَلَى دَابَّةٍ أَوْ لِجَامًا فِي رَأْسِهَا وَدَفَعَ الدَّابَّةَ مَعَ السَّرْجِ وَاللِّجَامِ حَيْثُ لا يَكُونُ رَهْنًا حَتَّى يَنْزِعَهُ مِنْهَا ثُمَّ يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِ الدَّابَّةِ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرَةِ لِلنَّخِيلِ حَتَّى قَالُوا يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ.

وإذا ارتهن الرجل دارًا أو أرضًا وقبضها ثم استحقت منها طائفة، هل يبطل الرهن فيما بقي؟

فهذا على وجهين: إمَّا أن يستحق من الرهن بعض بعينه، أو بعض بغير عينه شائع، فإن استحق بعض شائع بغير عينه من الرهن فإنه يبطل الرهن في الباقي؛ لأنه باستحقاق بعض شائع ظهر أن الرهن في الباقي من الابتداء وقع شائعـًا، ورهن المشاع باطل، ألا ترى أنه لو كان مكان الرهن هبة والمسألة بحالها بطلت الهبة في الباقي، فلأَن يبطل الرهن؛ لأن الرهن أضيق جوازًا من الهبة حتى لم يجز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة، وجازت الهبة، فإذا كانت الهبة تبطل فلأَن يبطل الرهن أوْلَى، وإن استحق بعض منها بعينه بقي الرهن في الباقي جائزًا، إلا أنه بالاستحقاق ظهر أنه رهن الباقي من الابتداء، فرهن الباقي من الابتداء جائز؛ لأنه رهن مقسومًا، فكذا هذا.

قوله: وَيَمْنَعُ التَّسْلِيمَ كَوْنُ الرَّاهِنِ أَوْ مَتَاعِهِ فِي الدَّارِ الْمَرْهُونَةِ، وفي «الإيضاح»: روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه إذا رهن دارًا وهما في جوفها وقال: سلمتُ إليك، لم يتم الرهن حتى يقول الراهن بعدما خرج من الدار: سلمتُها إليك؛ لأن الراهن إذا كان في الدار فليس بمسلم، فإذا خرج يحتاج إلى تسليم جديد؛ لأنه شاغل لها كشغل الدار بالمتاع.

قوله: حَتَّى قَالُوا يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، يعني: قالوا فيمن رهن دابة عليها سُرج

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالأَمَانَاتِ) كَالوَدَائِعِ وَالعَوَارِيّ وَالمُضَارَبَاتِ (وَمَالِ الشَّرِكَةِ)؛ لِأَنَّ القَبْضَ فِي بَابِ الرَّهْنِ قَبْضٌ مَضْمُونٌ فَلَا بُدَّ مِنْ ضَمَانٍ ثَابِتٍ لِيَقَعَ القَبْضُ مَضْمُونًا وَيَتَحَقَّقَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ (وَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ بِالأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِغَيْرِهَا كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، فَإِنَّهُ إِذَا هَلَكَ العَيْنُ لَمْ يَضْمَنْ البَائِعُ شَيْئًا لَكِنَّهُ يَسْقُطُ الثَّمَنُ وَهُوَ حَقُّ البَائِعِ فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ فَأَمَّا الأَعْيَانُ المَضْمُونَةُ بِعَيْنِهَا وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالمِثْلِ أَوْ بِالقِيمَةِ عِنْدَ هَلَاكِهِ مِثْلَ المَغْصُوبِ وَبَدَلِ الخُلْعِ وَالمَهْرِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُتَقَرِّرٌ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا تَجِبُ قِيمَتُهُ فَكَانَ رَهْنًا بِمَا هُوَ مَضْمُونٌ فَيَصِحُّ.

قَالَ: (وَالرَّهْنُ بِالدَّرَكِ بَاطِلٌ وَالكَفَالَةُ بِالدَّرَكِ جَائِزَةٌ) وَالفَرْقُ أَنَّ الرَّهْنَ لِلِاسْتِيفَاءِ

أو لُجام دخل ذلك في الرهن، كذا في «الإيضاح».

قوله: مِثْلَ المَغْصُوبِ وَبَدَلِ الخُلْعِ وَالمَهْرِ، فإن الأعيان في هذه الأشياء مضمونة بأنفسها، فإنَّها إذا هلكت يجب مثلها إن كان له مثل، وقيمتها إن لم يكن له مثل، ثمَّ إذا هلك الرهن والعين المضمون قائم في يد الراهن يقال له: سلم العين الذي في يدك، وخذ من المرتهن الأقل من الدين ومن قيمة الرهن؛ لأن المرهون مضمون عندنا كذلك، وإن هلك العين المضمون قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهناً بقيمة العين المضمون، فإذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن الذي كان رهناً، كذا في «التحفة».

قوله: وَالرَّهْنُ بِالدَّرَكِ بَاطِلٌ وَالكَفَالَةُ بِالدَّرَكِ جَائِزَةٌ، اعلم أن ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، فإذا أخذ المشتري من البائع رهنًا بالثمن بما يلحقه من الدرك كان الرهن باطلًا؛ لأن الرهن للاستيفاء حكماً ولا استيفاء قبل الوجوب.

وَلا اسْتِيفَاءَ قَبْلَ الوُجُوبِ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إِلَى زَمَانٍ فِي المُسْتَقْبَلِ لا تَجُوزُ أَمَّا الكَفَالَةُ فَلِالتِزَامِ المُطَالَبَةِ، وَالتِزَامُ الأَفْعَالِ يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى المَآلِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلاةِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلانٍ وَلا يَصِحُّ الرَّهْنُ، فَلَوْ قَبَضَهُ قَبْلَ الوُجُوبِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ يَهْلِكُ أَمَانَةً؛ لِأَنَّهُ لا عَقْدَ حَيْثُ وَقَعَ بَاطِلًا، بِخِلَافِ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ المَوْعُودِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ رَهَنْتُكَ هَذَا لِتُقْرِضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَهَلَكَ

فإن قلتَ: ما فائدة ضمان الدرك من البائع للمشتري، بل لا فائدة فيه؛ فإن المشترى إذا استحق فالمشتري يرجع على البائع بالثمن سواء ضمن البائع الدرك أو لم يضمن؟

قلتُ: بل فيه فائدة؛ فإن القاضي إذا قضى بثبوت الملك للمستحق ليس للمشتري الرجوع على البائع إذا لم يضمن الدرك، ما لم يقض القاضي بالرجوع عليه، أو بفسخ البيع بينهما، هكذا ذكر في الفصل السابع من «فصول الأستروشني».

وقال فيه: قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: والصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء بالمستحق لا يكون فسخًا للبياعات كلها، ما لم يرجع كل واحدٍ على بائعه بالقضاء.

وذكر في «الزيادات»: إذا استحق المبيع هل ينفسخ البيع؟

رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي؛ لأن الأخذ بحكم القاضي دليل النقض، وفي ظاهر الرواية لا ينتقض ما لم يفسخ، وهو الأصح.

وفيها أيضًا: وإذا استحق المشترى فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاءٍ ولا رضا البائع ليس له ذلك؛ لأن احتمال إقامة البينة من البائع على النتاج، أو على التلقي من المستحق ثابت، إلا إذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ، وإذا كان هكذا كان في ضمان البائع الدرك للمشتري فائدةً؛ لأن المستحق إذا أثبت بالبينة أن المشترى ملكه ليس للمشتري الرجوع بالثمن على بائعه ما لم يقض القاضي بنقض البيع إذا لم يضمن البائع الدرك، وأمَّا إذا ضمَّنه فيرجع عليه بالثمن قبل قضاء القاضي بفسخ البيع.

فِي يَدِ المُرْتَهِنِ حَيْثُ يَهْلِكُ بِمَا سَمَّى مِنَ المَالِ بِمُقَابَلَتِهِ؛ لِأَنَّ المَوْعُودَ جُعِلَ كَالمَوْجُودِ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ، وَلِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الرَّهْنِ الَّذِي يَصِحُّ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِهِ فَيُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ كَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ فَيَضْمَنُهُ.

ثمَّ صورة ما ذكره في الكتاب بأن الرهن بالدرك باطل: رجل باع شيئًا وسلمه إلى المشتري، فخاف المشتري الاستحقاق فأخذ من البائع رهنًا بالثمن لو أدركه فيه من درك كان باطلًا، حتى لا يملك حبس الرهن استحق المبيع أو لا.

ولو هلك يهلك أمانة؛ لأن عقد الرهن عقد استيفاء، ولهذا لا يصح رهن ما لا يتصور منه الاستيفاء كالمدبر وأم الولد، والاستيفاء لا يسبق الوجوب وليس هنا دين واجب، ولا على شرف الوجوب ظاهرًا؛ لأن الظاهر عدم الاستحقاق، بخلاف ما لو قبض الرهن ليقرضه عشرة، فقبض الرهن منه وهلك الرهن في يده قبل أن يقرضه المال، حيث يهلك مضمونًا على المرتهن، حتى يجب على المرتهن تسليم العشرة إلى الراهن بعد الهلاك؛ لأن هناك الرهن حصل بعد القرض حكمًا؛ لأن الدفع كان بشرط القرض، والدين الموعود كالمتحقق في الضمان، فإن المقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض؛ لأنه مقبوض على وجه الشراء فيجعل كالمقبوض على حقيقته في إيجاب الضمان، كذا هنا، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: فَيُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ - أي: حكم الدين - كَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ، حيث أعطى له حكم الشراء حتى وجبت قيمة المقبوض، وفي الرهن بالدين الموعود يجب على المرتهن ما سمى من الدين لو هلك الرهن.

فإن قلتَ: ما الفرق بينهما حيث وجبت في المقبوض على سوم الشراء قيمة المقبوض بالغة ما بلغت، وفي المقبوض على سوم الرهن يجب ما سميا لا القيمة؟

قلتُ: الفرق بينهما هو أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدَّين، وليس بضمان مبتدإٍ فيتقرر بالدين ضرورة، وضمان البيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد؛ إذ ليس للبائع على المشتري

قَالَ: (وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَبِثَمَنِ الصَّرْفِ وَالمُسْلَمِ فِيهِ) وَقَالَ زُفَرُ: لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الِاسْتِيفَاءُ، وَهَذَا اسْتِبْدَالٌ لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ، وَبَابُ الِاسْتِبْدَالِ فِيهَا مَسْدُودٌ، وَلَنَا أَنَّ المُجَانَسَةَ ثَابِتَةٌ فِي المَالِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ حَيْثُ المَالِ وَهُوَ المَضْمُونُ عَلَى مَا مَرَّ.

شيء قبل البيع فيجعل مضمونًا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب، والمقبوض من الرهن على وجه قرض فاسد يكون مضمونًا أيضًا، وصورته: أن العبد التاجر إذا أخذ رهنًا بشيءٍ ليقرضه فهلك الرهن عنده فالعبد ضامن لقيمة الرهن وإن كان قرضه فاسدًا؛ لأن العبد لا يملك الإقراض، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَبِثَمَنِ الصَّرْفِ وَالمُسْلَمِ فِيهِ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ، وإطلاق قوله: لا يَجُوزُ، عند زفر مستقيمٌ في حق رأس مال السلم وثمن الصرف، وأمَّا في المسلم فيه فله فيه روايتان، وهذه المسألة مذكورة في أواسط الباب الأول من بيوع «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ حُكْمَهُ - أي: لأن حكم كل واحدٍ من رأس المال، وثمن الصرف، والمسلم فيه - الِاسْتِيفَاءُ، لا الاستبدال.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المُجَانَسَةَ ثَابِتَةٌ فِي المَالِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ حَيْثُ المَالِ، فإن قلتَ: فعلى هذا ينبغي أن يصح الاستبدال في رأس مال السَّلم وقرينيه في جميع الصور؛ لما أن المجانسة من حيث المالية ثابتة في جميع الصور، فحينئذٍ لا تبقى حرمة الاستبدال في صورة مَّا، ولا يجوز الاستبدال في هذه الأشياء من غير صورة الرهن بالاتفاق، مع أن المجانسة من حيث الماليَّة ثابتة فيها أيضًا، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه هو أن المجانسة من حيث الماليَّة إنما تعتبر في صورة الرهن لا في غيرها، وإنما كان هكذا؛ لأن المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيًا عين حقه لا مستبدلًا؛ لما ذكرنا أن عين الرهن لا يكون مملوكًا للمرتهن، ولهذا قلنا: لو كان الرهن عبدًا فماتَ كان

قَالَ: (وَالرَّهْنُ بِالمَبِيعِ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ (فَإِنْ هَلَكَ ذَهَبَ بِغَيْرِ شَيْءٍ)؛ لِأَنَّهُ لا اعْتِبَارَ لِلْبَاطِلِ فَبَقِيَ قَبْضًا بِإِذْنِهِ (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِثَمَنِ الصَّرْفِ وَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَصَارَ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ حُكْمًا) لِتَحَقُّقِ القَبْضِ حُكْمًا (وَإِنِ افْتَرَقَا قَبْلَ هَلَاكِ الرَّهْنِ بَطَلَا) لِفَوَاتِ القَبْضِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِالمُسْلَمِ فِيهِ بَطَلَ السَّلَمُ بِهَلَاكِهِ) وَمَعْنَاهُ: أَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِلْمُسْلَمِ فِيهِ فَلَمْ يَبْقَ السَّلَمُ (وَلَوْ تَفَاسَخَا السَّلَمَ وَبِالمُسْلَمِ فِيهِ رَهْنٌ يَكُونُ ذَلِكَ رَهْنًا بِرَأْسِ المَالِ حَتَّى يَحْبِسَهُ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ فَصَارَ كَالمَغْصُوبِ إِذَا

كفنه على الراهن، وإنما يصير مستوفيًا دينه من ماليته، والأعيان في الرهن باعتبار صفة الماليَّة جنس واحد، ولهذا لو ارتهن أحد الشريكين بنصيبه من الدين فهلك الرهن يرجع شريكه عليه بنصف نصيبه من الدين لا بنصف قيمة الرهن، فإذا ثبتَ أنه استيفاء لا استبدال جاز الرهن بكل دين يجب استيفاؤه، ورأس مال السلم وقريناه من ديون يصح استيفاؤها فيجوز الرهن فيها، إلى هذا أشار في بيوع «المبسوط».

قوله: وَلَوْ تَفَاسَخَا السَّلَمَ وَبِالمُسْلَمِ فِيهِ رَهْنٌ يَكُونُ ذَلِكَ رَهْنًا بِرَأْسِ المَالِ حَتَّى يَحْبِسَهُ، هذا الذي ذكره جواب الاستحسان.

وفي القياس ليس له أن يحبسه؛ لأن ذلك الرهن كان مرهونًا بالمسلم فيه وقد سقط لا إلى بدل، ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض، فلا يكون الرهنُ بالمسلم فيه رهنًا برأس مال السلم، كما لو كان على غيره دراهم ودنانير فرهنه بالدنانير رهنًا، ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير لا يكون له أن يحبس الرهن بالدراهم.

وفي الاستحسان له أن يحبس الرهن حتى يستوفي رأس ماله؛ لأنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما، وحقه في المسلم فيه عند قيام العقد، وحقه في رأس مال السلم عند فسخ العقد، فيكون له أن يحبس الرهن بكل واحدٍ منهما، كمن ارتهن بالمغصوب

هَلَكَ وَبِهِ رَهْنٌ يَكُونُ رَهْنًا بِقِيمَتِهِ (وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ كَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَسَلَّمَ الْمَبِيعَ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا ثُمَّ تَقَايَلَا الْبَيْعَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِأَخْذِ الْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُهُ، وَلَوْ هَلَكَ الْمَرْهُونُ يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّا؛ وَكَذَا لَوِ اشْتَرَى عَبْدًا شِرَاءً فَاسِدًا وَأَدَّى

فهلك المغصوب كان له أن يحبس الرهن حتى يستوفي قيمته؛ لأن الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه، والقيمة عند هلاكه؛ وهذا لأن المسلم فيه مع رأس المال أحدهما بدل عن الآخر، والرهن بالشيء يكون رهنًا ببدله؛ لأن البدل يقوم مقام الأصل وحكمه حكم الأصل، كذا في باب الرهن الذي لا يضمن صاحبه، من رهن «المبسوط».

قوله: وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ - أي: لو هلك الرهن في يد رب السلم - يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ، أي: يهلك الرهن بمقابلة الطعام الذي على المسلم إليه، حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام، بل على المرتهن وهو رب السلم أن يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المال؛ لأن بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم، وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيًا طعام السلم، ولو استوفاه حقيقةً قبل الإقالة ثمَّ تقايلا أو بعد الإقالة لزمه رد المستوفي، واسترداد رأس المال، فكذلك هاهنا؛ وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الإقالة.

قوله: وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ، أي: وإن كان الرهن محبوسًا بغير المسلم فيه وهو رأس المال.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله:** لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُهُ.

قوله: وَكَذَا لَوِ اشْتَرَى عَبْدًا شِرَاءً فَاسِدًا وَأَدَّى ثَمَنَهُ - ثم أراد فسخه للفساد - لَهُ - أي: للمشتري - أَنْ يَحْبِسَهُ - أي: يحبس العبد - لِيَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ؛ لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع، وقد ذكر في فصل أحكام البيع الفاسد من هذا الكتاب:

ثَمَنَهُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِيَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، ثُمَّ لَوْ هَلَكَ المُشْتَرَى فِي يَدِ المُشْتَرِي يَهْلِكُ بِقِيمَتِهِ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ رَهْنُ الحُرِّ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ وَأُمِّ الوَلَدِ)؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَلا يَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ هَؤُلَاءِ لِعَدَمِ المَالِيَّةِ فِي الحُرِّ وَقِيَامِ المَانِعِ فِي البَاقِينَ، (وَلا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَكَذَا بِالقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا) لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الجِنَايَةُ خَطأً لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الأَرْشِ مِنَ الرَّهْنِ مُمْكِنٌ (وَلا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالشُّفْعَةِ)؛ لِأَنَّ المَبِيعَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى المُشْتَرِي (وَلا بِالعَبْدِ الجَانِي وَالعَبْدِ المَأْذُونِ وَالمَدْيُونِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى المَوْلَى، فَإِنَّهُ لَوْ هَلَكَ لا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ (وَلا بِأُجْرَةِ النَّائِحَةِ وَالمُغَنِّيَةِ، حَتَّى لَوْ ضَاعَ

وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ المَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مُقَابَلٌ بِهِ فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ كَالرَّهْنِ.

قوله: وَلا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَكَذَا بِالقِصَاصِ، لمعنيين:

أحدهما: أن استيفاء المكفول به، واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكن.

والثاني: أن المكفول به غير مضمون في نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شيء، وإنما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس وما دونه؛ لأنه لو رهن ببدل الصلح من دم العمد إنه صحيح؛ لأن البدل مضمون بنفسه.

وهذا بخلاف ما إذا كان القتل خطأ فصالحه على عين ثم رهن به رهنًا لم يصح؛ لأنه غير مضمون، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فصار كالمبيع، كذا في «الإيضاح» في آخر باب ما يجوز الارتهان به.

قوله: وَلا بِأُجْرَةِ النَّائِحَةِ وَالمُغَنِّيَةِ، حَتَّى لَوْ ضَاعَ - أي: الرهن - لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا؛ لأن

لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا)؛ لِأَنَّهُ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مَضْمُونٌ (وَلا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَرْهَنَ خَمْرًا أَوْ يَرْتَهِنَهُ مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ) لِتَعَذُّرِ الإِيفَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ، ثُمَّ الرَّاهِنُ إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَالخَمْرُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لِلذِّمِّيِّ كَمَا إِذَا غَصَبَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَهِنُ ذِمِّيًّا لَمْ يَضْمَنْهَا لِلْمُسْلِمِ كَمَا لا يَضْمَنُهَا بِالغَصْبِ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَى ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ، أَمَّا المَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ عِنْدَهُمْ فَلَا يَجُوزُ رَهْنُهَا وَارْتِهَانُهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ، كَمَا لا يَجُوزُ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بِحَالٍ (وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدًا وَرَهَنَ بِثَمَنِهِ عَبْدًا أَوْ خَلًّا أَوْ شَاةً مَذْبُوحَةً ثُمَّ ظَهَرَ العَبْدُ حُرًّا أَوِ الخَلُّ خَمْرًا أَوِ الشَّاةُ مَيْتَةً فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ)؛ لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ وَاجِبٍ ظَاهِرًا.

(وَكَذَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا وَرَهَنَ بِقِيمَتِهِ رَهْنًا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ) وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى ظَاهِرِ

الرهن حصل بما ليس بواجب أصلًا، ألا ترى أنَّهما لو ترافعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر، كذا في «الذخيرة».

قوله: ثُمَّ ظَهَرَ العَبْدُ حُرًّا أَوِ الخَلُّ خَمْرًا، أي: ظهر العبد المشترى حرًّا، والخل المشترى خمرًا، والشاة المشتراة ميتة.

قوله: فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ، أي: بالأقل من قيمة الرهن ومن الثمن؛ لأنه رهنه بدين واجب ظاهرًا، ألا ترى أن قبل ظهور الحرية والاستحقاق لو اختصم البائع والمشتري إلى القاضي فالقاضي يقضي بالثمن، وقد ذكرنا أن وجوب الدين ظاهر يكفي لصحة الرهن، ولصيرورته مضمونًا.

قوله: ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ، أي: أن العبد المقتول حرٌّ، وقد هلك الرهن يهلك مضمونًا بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن، وكذلك لو ظهر استحقاقه بل أوْلَى؛ لأن باستحقاق الدين الذي حصل به الرهن لا يبطل، بل يظهر أنه كان لغيره، ولو ظهر عدمه بأن ظهر أن المقتول

الرِّوَايَةِ (وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى إِنْكَارٍ وَرَهَنَ بِمَا صَالَحَ عَلَيْهِ رَهْنًا ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ خِلَافُهُ، وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ جِنْسِهِ.

حرٌّ لا يبطل ضمان الرهن، فهاهُنا أَوْلَى.

قوله: وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى إِنْكَارٍ، إلى قوله: ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ، ذكر صورته في «الذخيرة» محالًا إلى «الجامع الكبير» فقال: رجل ادعى على رجلٍ ألفَ درهم فجحد المدعى عليه ذلك، فصالحه المدعى عليه من ذلك على خمسمائة علَى الإنكار، وأعطاه بِها رهنًا يساوي خمسمائة فهلك الرهنُ عند المرتهن ثم تصادقا على أن لا دين، فإن على المرتهن قيمة الرهن خمسمائة للراهن.

ثم قال: واعلم أن هذا الرهن جائز عندنا؛ لأنه حصل بدين واجب من حيث الظاهر، فإن الصلح على الإنكار جائز عندنا، وبدل الصلح بعد الصلح واجب، ألا ترى أنَّهما لو رفعا الأمر إلى القاضي وقصَّا عليه القصة، فالقاضي يلزم المدعى عليه تسليم بدل الصلح، وإذا امتنع عن التسليم يحبسه بطلب المدعي، فعُلِم أن المالَ الذي حصل به الرهن واجب ظاهرًا، فإذا هلك الرهن صار المرتهن مستوفيًا دينه حكمًا بهلاك الرهن، فيعتبر بما لو استوفاه حقيقة باليد، ولو استوفاه حقيقةً ثم تصادقا على أن المال لم يكن واجبًا،وأن الدعوى وقع باطلًا، كان على المستوفي رد ما استوفى، كذا هاهنا.

وجعل في «الإيضاح» ما ذكره في الكتاب: بأن الرهن مضمون، ووجوب رد خمسمائة على المرتهن للراهن قول محمَّد رحمه الله، وأمَّا في الرواية عن أبي يوسف رحمه الله فإن المرتهن لا يضمن شيئًا.

فوجه قول محمد رحمه الله ما ذكر أن القبض إنَّما وقع بمال مضمون في الظاهر، فصار كالدَّين الثابت حقيقةً، وأبو يوسف رحمه الله يقول بأنَّهما إذا تصادقا على أن لا دين فقد تصادقا على انعدام الضمان، وحكم الرهن يثبت فيما بينهما فيقبل تصادقهما، وهو الذي ذكره في الكتاب بقوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ خِلَافُهُ، وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ جِنْسِهِ، أي: قياس قول أبي يوسف رحمه الله في أن الرهن غير مضمون عند المرتهن، في مسألة من اشترى

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَرْهَنَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ عَبْدًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِيدَاعَ، وَهَذَا أَنْظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ مِنْهُ؛ لِأَنَّ قِيَامَ المُرْتَهِنِ بِحِفْظِهِ أَبْلَغُ خِيفَةَ الغَرَامَةِ. (وَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ مَضْمُونًا، الوَدِيعَةُ تَهْلِكُ أَمَانَةً وَالوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ) فِي هَذَا البَابِ لِمَا بَيَّنَّا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنْهُمَا، وَهُوَ القِيَاسُ اعْتِبَارًا بِحَقِيقَةِ الإِيفَاءِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ أَنَّ فِي حَقِيقَةِ الإِيفَاءِ

عبدًا ورهن بثمنه، أو اشترى خلًّا ورهن به ثم ظهر العبد حرًّا، والخل خمرًا على هذه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله.

وإنما ذكر قول أبي يوسف رحمه الله هكذا؛ لأنَّ الرِّواية محفوظة عن أبي يوسف رحمه الله في مسألة الصلح على الإنكار، ولم يحفظوا روايته في مسألة من اشترى عبدًا ورهن ثم ظهر العبد حرًّا، أو أخواتها، ولكن وجدوا تلك المسائل كمسألة الصلح على الإنكار فقالوا: قياس قول أبي يوسف رحمه الله في هذه المسائل يقتضي أن لا يكون الرَّهن مضمونًا.

وذكر في «الإيضاح» بعد ما ذكر مسألة من اشترى عبدًا ورهن بثمنه، أو خلًّا، أو شاة مذبوحة، إلى قوله: فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ، ثم قال: ويجب على قول أبي يوسف رحمه الله أن لا يضمن؛ لأنَّه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة.

قوله: وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَرْهَنَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ عَبْدًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ، أي: رهن الأب عند ابنه الصغير بدين على الأب للأجنبي، قيَّد بابنه الصَّغير؛ لأن الابن لو كان كبيرًا لا يجوز للأب أن يرهن ماله بدين نفسه إلا بإذنه؛ لأنَّه لو رهن مال ولده الكبير بدين ولده الكبير لم يجز إلا بإذنه، فإذا رهن ماله بدين نفسه لَأَن لا يجوز إلا بإذنه أَوْلَى، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَالوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي هَذَا البَابِ؛ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: وَهَذَا أَنْظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ، وفي «اللآلي»: إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين يضمن الأب بقدر الدَّين، والوصي يضمن بقدر القيمة؛ لأن للأب أن ينتفع بمال الصبي، ولا كذلك الوصي، كذا ذكره

إِزَالَةَ مِلْكِ الصَّغِيرِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ يُقَابِلُهُ فِي الحَالِ، وَفِي هَذَا نَصْبُ حَافِظٌ لِمَالِهِ نَاجِزًا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ فَوَضَحَ الفَرْقُ (وَإِذَا جَازَ الرَّهْنُ يَصِيرُ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ لَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ وَيَصِيرُ الأَبُ) أَوِ الوَصِيُّ (مُوفِيًا لَهُ وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِمَالِهِ، وَكَذَا لَوْ سَلَّطَا المُرْتَهِنَ عَلَى بَيْعِهِ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالبَيْعِ وَهُمَا يَمْلِكَانِهِ قَالُوا: أَصْلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ البَيْعُ، فَإِنَّ الأَبَ أَوِ الوَصِيَّ إِذَا بَاعَ مَالَ الصَّبِيِّ مِنْ غَرِيمِ نَفْسِهِ جَازَ وَتَقَعُ المُقَاصَّةُ وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا تَقَعُ المُقَاصَّةُ، وَكَذَا وَكِيلُ البَائِعِ بِالبَيْعِ، وَالرَّهْنُ نَظِيرُ البَيْعِ نَظَرًا إِلَى عَاقِبَتِهِ مِنْ حَيْثُ وُجُوبُ الضَّمَانِ (وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ مِنِ ابْنٍ لَهُ صَغِيرٍ أَوْ عَبْدٍ لَهُ

الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني» بتسوية حكمهما فقال: وإذا صحَّ الرهن بدينهما وهلك الرهن في يد المرتهن هلكَ بما فيه، ويضمن الأب والوصي للصَّغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدَّين، وإن كانت القيمة أكثر من الدَّين يضمن مقدار الدَّين ولا يضمن الزيادة؛ لأنَّه فيما زاد مودع مال الصغير، ولهما هذه الولاية.

قوله: وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لا تَقَعُ هَذِهِ المُقَاصَّةُ، بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان، ويصير للصَّغير الثمن على المشتري.

قوله: وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مِنْ نَفْسِهِ، أي: رهن الأب متاع الصَّغير من نفسه بدين له على الصَّغير فكان الأب راهنًا بطريق النيابة عن ابنه الصَّغير، ومرتَهِنًا أيضاً بالنظر إلى أنَّه يأخذ متاع ابنه الصَّغير رهنًا لنفسه بدين له على الصَّغير، يعني: (پدر خود رهن گرفت از بَهر دين كه ثابت شده است بر ويرا بر پسر خود).

قوله: أَوْ مِنِ ابْنٍ لَهُ صَغِيرٍ، أي: رهن الأبُ متاع ابنه الصَّغير من ابن له آخر صغير، بأن يكون لرجل ابنان صغيران، فصار دين لأحدهما على الآخر بوجه من الوجوه، فرهن الأب

تَاجِرٍ لا دَيْنَ عَلَيْهِ جازَ)؛ لِأَنَّ الأَبَ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِ أُنزِلَ مَنْزِلَةَ شَخْصَيْنِ وَأُقِيمَتْ عِبَارَتُهُ مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ فِي هَذَا العَقْدِ كَمَا فِي بَيْعِهِ مَالَ الصَّغِيرِ مِنْ نَفْسِهِ فَتَوَلَّى طَرَفِي العَقْدِ (وَلَوِ ارْتَهَنَهُ الوَصِيُّ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ هَذَيْنِ أَوْ رَهْنًا عَيْنًا لَهُ مِنَ اليَتِيمِ بِحَقٍّ

متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رب الدين.

قوله: أَوْ عَبْدٍ لَهُ - أي: للأب - تَاجِرٍ - ولهذا العبد التاجر دين على الصَّغير، يعني: رهن الأب متاع ولده الصغير من عند نفسه الذي للأب - لا دَيْنَ عَلَيْهِ، أي: على العبد، وإنما قيد به؛ لأن الشبهة إنَّما ترد فيما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأنه حينئذٍ يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه؛ لأن كسب عبده الذي لا دين عليه له ولكن هو غير مانع؛ لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز، فكذا هاهنا.

وأمَّا إذا كان على العبد دين فلاشك في جواز الرهن، حتى أن الوصي يشارك الأب في جواز الرهن في هذه الصُّورة؛ لأنَّه ذكر في «مبسوط شيخ الإسلام»: وإن رهنه من عبد له تاجر فإنَّه جائز سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وأمَّا إذا كان على العبد دين فإنه يجوز من الوصي فلأن يجوز من الأب وإنه أعم ولايةً من الوصي أوْلَى، وإن لم يكن عليه دين فإنه يجوز من الأب، بخلاف الوصي اذا رهن من عبده ولا دين عليه؛ وذلك لأنا نجعل رهنه من عبده ولا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه، إلا أنه لو رهن الأب من نفسه جاز، فكذا إذا رهن من عبده، والوصيّ لو رهن من نفسه لا يجوز فكذا من عبده.

ثمَّ إنما جاز رهن الأب من نفسه ولم يجز رهن الوصي من نفسه؛ لأن بيعه مال ولده من نفسه جائز وإن لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه، فكذا جاز رهنه وإن كان الرهن يصير مضمونًا بالقيمة، وأمَّا بيع الوصي من نفسه لا يجوز عندهم جميعًا بمثل القيمة فكذا لا يجوز رهنه من نفسه؛ لأنه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين.

قوله: وَلَوِ ارْتَهَنَهُ الوَصِيُّ مِنْ نَفْسِهِ - يعني: لو كان للوصي على الصَّغير دين فارتهن الوصي متاع الصغير لنفسه لأجل دينه على الصغير - أَوْ مِنْ هَذَيْنِ، أي: ارتهن الوصي متاع

لِلْيَتِيمِ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ، وَالوَاحِدُ لا يَتَوَلَّى طَرَفَيِ العَقْدِ فِي الرَّهْنِ كَمَا لا يَتَوَلَّاهُمَا فِي البَيْعِ، وَهُوَ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ فَلَا يَعْدِلُ عَنِ الحَقِيقَةِ فِي حَقِّهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِالأَبِ، وَالرَّهْنِ مِنِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَعَبْدِهِ التَّاجِرِ الَّذِي لَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ مِنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ ابْنِهِ الكَبِيرِ وَأَبِيهِ وَعَبْدِهِ الَّذِي عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ إِذَا بَاعَ مِنْ هَؤُلاءِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِيهِ وَلا تُهْمَةَ فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ حُكْمًا وَاحِدًا. (وَإِنِ اسْتَدَانَ الوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ فِي كِسْوَتِهِ وَطَعَامِهِ

الصغير لأجل ابنه الصغير الذي له دين على اليتيم، أو ارتهن الوصي متاع اليتيم لأجل عبد الوصي التاجر الذي لا دين عليه، إذا كان لهذا العبد دين على اليتيم، أو رهن الوصي عين نفسه من اليتيم لأجل دين على الوصي لليتيم، لا يجوز.

قوله: وَالرَّهْنِ مِنِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ - أي: من ابن الوصي - وَعَبْدِهِ، أي: ومن عبد الوصي.

قوله: بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ مِنْ نَفْسِهِ، أي: بمنزلة الرهن من نفس الوصي.

قوله: بِخِلَافِ ابْنِهِ الكَبِيرِ، أي: بخلاف ابن الوصي الكبير، وكذلك الضمير في: أَبِيهِ، وَعَبْدِهِ.

قوله: لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ، أي: لأنه لا ولاية للوصي على ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين، فلم يكن الرهن منهم بمنزلة الرهن من نفسه فيجوز، كما يجوز له أن يرهن متاع اليتيم من الأجنبي فيما إذا استدان من الأجنبي لليتيم في كسوته وطعامه على ما يجيء، فكذا هاهنا.

قوله: لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِيهِ - أي: في البيع من هؤلاء - وَلا تُهْمَةَ فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ حُكْمًا وَاحِدًا، وهو أنه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي، فلانتفاء التهمة نفذ تصرفه معهم، كذا في «المبسوط» في باب رهن الوصي، من الرهن.

قوله: وَإِنِ اسْتَدَانَ الوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ، أي: استقرض لأجله.

فَرَهَنَ بِهِ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ جَازَ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِدَانَةَ جَائِزَةٌ لِلْحَاجَةِ وَالرَّهْنُ يَقَعُ إِيفَاءً لِلْحَقِّ فَيَجُوزُ (وَكَذَلِكَ لَوِ اتَّجَرَ لِلْيَتِيمِ فَارْتَهَنَ أَوْ رَهَنَ)؛ لِأَنَّ الأَوْلَى لَهُ التِّجَارَةُ تَثْمِيرًا لِمَالِ الْيَتِيمِ فَلَا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الِارْتِهَانِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ.

(وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ فَأَدْرَكَ الِابْنُ وَمَاتَ الأَبُ لَيْسَ لِلِابْنِ أَنْ يَرُدَّهُ حَتَّى

قوله: فَرَهَنَ بِهِ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ جَازَ؛ لأن له أن يقضي هذا الدَّين من مال اليتيم، فإنه استدانه لحاجته فله أن يرهن به أيضًا.

قوله: وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ فَأَدْرَكَ الِابْنُ وَمَاتَ الأَبُ لَيْسَ لِلِابْنِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ، أي: ليس له أن ينقض عقد الرهن الذي عقده الأب، وأطلق لفظ: رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ، ولم يذكر أنَّه رهن لدين الصَّغير، أو لدين نفسه؛ لأن هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين أن يكون الدين دين الصغيرة أو دين الأب.

وقوله: وَمَاتَ الأَبُ، قيد اتفاقي لا تأثير لموته في هذا الحكم، ولهذا ذكر في «شرح الطحاوي»، و«مبسوط شيخ الإسلام» رحمهما الله، و«أحكام الصِّغار» هذه المسألة من غير ذكر موت الأب، وكذلك ذكر الأب اتفاقي أيضًا؛ لأن هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير الرهن إذا بلغ لا يختلف بين أن يكون الرَّاهن أبا أو وصيًّا للصَّغير.

والدليل على ما قلته ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله في «مبسوطه» فقال: وإذا رهن الأب مالًا لولده وهو صغير فأدرك، فأراد رد الرهن ليس له ذلك؛ لأن الوصي لو رهن مال الصغير إمَّا بدينه أو بدين ابنه الصغير ثمَّ بلغ الصغير فأراد أن يرد ذلك لم يكن له ذلك، فإذا فعله الأب وإنه أعم ولاية منه أَوْلَى، إلا أن الابن إذا قضى دين المرتهن بعد ذلك فإنه ينظر: إن كان الأب رهنه بدين نفسه رجع الابن بما قضى على الأب ولا يصير متطوعًا؛ لأن ما جاز فعله للأب على ولده فهو كفعل الابن بنفسه لو كان بالغًا، ولو كان الابن بالغًا فأذن لأبيه أن يرهن ماله في دينه ثم قضى دين الأب ليفتك الرَّهن لا يصير متطوعًا، على ما بيَّنا أن المعير للرَّهن متى قضى دين المستعير لا يصير متطوعًا، فكذلك هذا.

يَقْضِيَ الدَّيْنَ) لِوُقُوعِهِ لازِمًا مِنْ جَانِبِهِ؛ إِذْ تَصَرُّفُ الأَبِ بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ البُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَلَوْ كَانَ الأَبُ رَهَنَهُ لِنَفْسِهِ فَقَضَاهُ الِابْنُ رَجَعَ بِهِ فِي مَالِ الأَبِ)؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِحَاجَتِهِ إِلَى إِحْيَاءِ مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ مُعِيرَ الرَّهْنِ (وَكَذَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَفْتَكَّهُ)؛ لِأَنَّ الأَبَ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ (وَلَوْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ عَلَى نَفْسِهِ وَبِدَيْنٍ عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ) لِاشْتِمَالِهِ عَلَى أَمْرَيْنِ جَائِزَيْنِ (فَإِنْ هَلَكَ ضَمِنَ الأَبُ حِصَّتَهُ مِنْ ذَلِكَ لِلْوَلَدِ) لِإِيفَائِهِ دَيْنَهُ مِنْ مَالِهِ بِهَذَا المِقْدَارِ، وَكَذَلِكَ الوَصِيُّ، وَكَذَلِكَ الجَدُّ أَبُ الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الأَبُ أَوْ وَصِيُّ الأَبِ.

(وَلَوْ رَهَنَ الوَصِيُّ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ فِي دَيْنٍ اسْتَدَانَهُ عَلَيْهِ وَقَبَضَ المُرْتَهِنُ ثُمَّ اسْتَعَارَهُ الوَصِيُّ لِحَاجَةِ اليَتِيمِ فَضَاعَ فِي يَدِ الوَصِيِّ فَإِنَّهُ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ وَهَلَكَ مِنْ مَالِ اليَتِيمِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الوَصِيِّ كَفِعْلِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ البُلُوغِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ وَالحُكْمُ

وإن كان رهن في دين الولد لا يرجع بما قضى على أحد؛ لأنه قضى دين نفسه، ومن قضى دين نفسه لا يرجع بما قضى على أحدٍ.

قوله: لِوُقُوعِهِ لازِمًا مِنْ جَانِبِهِ، أي: من جانب الصَّغير.

قوله: لِاشْتِمَالِهِ عَلَى أَمْرَيْنِ جَائِزَيْنِ، وهو رهن الأب أو الوصي متاع الصَّغير لدين على نفسه، ورهن الأب أو الوصي متاع الصَّغير لدين على الصغير؛ وذلك لأنه لمَّا ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بدينهما، بخلاف ما إذا رهن عينًا مشتركًا بين ابنه الكبير والصغير فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه لا ولاية له على الكبير في رهن نصيبه ونصيب الصغير شائع، فلا يمكن تصحيح الرهن في شيءٍ منه.

وقوله: لِأَنَّ فِعْلَ الوَصِيِّ كَفِعْلِهِ بِنَفْسِهِ، أي: كفعل اليتيم بنفسه.

قوله: وَالحُكْمُ فِيهِ هَكَذَا، يعني: ولو كان اليتيم بالغًا فرهنه متاعه بنفسه، ثم استعاره

فِيهِ هَذَا عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَالمَالُ دَيْنٌ عَلَى الوَصِيِّ) مَعْنَاهُ هُوَ المُطَالِبُ بِهِ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذِهِ الِاسْتِعَارَةِ؛ إِذْ هِيَ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ (وَلَوِ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ ضَمِنَهُ لِلصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ نَفْسِهِ (وَلَوْ غَصَبَهُ الوَصِيُّ بَعْدَ مَا رَهَنَهُ فَاسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ حَتَّى هَلَكَ عِنْدَهُ فَالوَصِيُّ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ بِالغَصْبِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَفِي حَقِّ الصَّبِيِّ بِالِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ نَفْسِهِ، فَيُقْضَى بِهِ الدَّيْنُ إِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ (فَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أَدَّاهُ إِلَى المُرْتَهِنِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى اليَتِيمِ)؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ لِلْيَتِيمِ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا وَجَبَ لَهُ عَلَى اليَتِيمِ فَالتَقَيَا قِصَاصًا.

(وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ) مِنَ الدَّيْنِ (أَدَّى قَدْرَ القِيمَةِ إِلَى المُرْتَهِنِ وَأَدَّى الزِّيَادَةَ مِنْ مَال اليَتِيمِ)؛ لِأَنَّ المَضْمُونَ عَلَيْهِ قَدْرُ القِيمَةِ لا غَيْرَ (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ أَدَّى قَدْرَ الدَّيْنِ مِنَ القِيمَةِ إِلَى المُرْتَهِنِ، وَالفَضْلُ لِلْيَتِيمِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ

من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين؛ لأن عند هلاك الرهن لا يصير المرتهن مستوفيًا، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيًا دينه باعتبار يد المديون، ألا ترى أن حكم الرهن لا يثبت بيد الرَّاهن في الابتداء إذا جعل عدلًا فيها، فكذلك لا يبقى حكم يد الاستيفاء بعدما رجع الرهن إلى الراهن، وإذا لم يسقط الدَّين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدَّين كما كان يرجع به قبل الرَّهن، ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم؛ لأنه إنَّما استعاره لحاجة اليتيم، والكل من «المبسوط».

وقوله: وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ أَدَّى قَدْرَ الدَّيْنِ ... إِلَى المُرْتَهِنِ، وهذا هو الصواب، وفي عامَّة النسخ: أَدَّى قَدْرُ القِيمَةِ إِلَى المُرْتَهِنِ، وهذا سهو وقع من الكاتب وهو ظاهر لا حقَّ فيه لأحد؛ لأن حق المرتهن في قدر الدين لا في قيمة الرهن.

الدَّيْنُ فَالقِيمَةُ رَهْنٌ)؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمُرْتَهِنِ بِتَفْوِيتِ حَقِّهِ المُحْتَرَمِ فَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، ثُمَّ إِذَا حَلَّ الأَجَلُ كَانَ الجَوَابُ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي فَصَّلْنَاهُ (وَلَوْ أَنَّهُ غَصَبَهُ وَاسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ حَتَّى هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ، وَلا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغِيرِ)؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ لَيْسَ بِتَعَدٍّ، وَكَذَا الأَخْذُ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلايَةَ أَخْذِ مَالِ اليَتِيمِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ: إِذَا أَقَرَّ الأَبُ أَوِ الوَصِيُّ بِغَصْبِ مَالِ الصَّغِيرِ لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لا يُتَصَوَّرُ غَصْبُهُ لِمَا أَنَّ لَهُ وِلايَةَ الأَخْذِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِلْمُرْتَهِنِ يَأْخُذُهُ بِدَيْنِهِ إِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ، وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ بَلْ هُوَ عَامِلٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ يَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ المُرْتَهِنِ، ثُمَّ إِذَا حَلَّ الدَّيْنُ يَأْخُذُ دَيْنَهُ مِنْهُ وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الصَّبِيِّ بِذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ)؛ لِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهُ فَكَانَ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ (فَإِنْ رُهِنَتْ بِجِنْسِهَا فَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثْلِهَا مِنَ الدَّيْنِ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الجَوْدَةِ)؛ لِأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِالجَوْدَةِ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ دُونَ القِيمَةِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ القِيمَةَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ.

قوله: يَضْمَنُهُ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ - وهو قدر الدَّين - وَلا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغِيرِ، وهو قدر الزيادة على الدَّين.

قوله: يَضْمَنُهُ لِلْمُرْتَهِنِ يَأْخُذُهُ بِدَيْنِهِ، أي: يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه.

قوله: لِأَنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ دُونَ القِيمَةِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ القِيمَةَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ، وذكر في «المغني»: فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يعتبر الوزن بالاستيفاء عند

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ رَهَنَ إِبْرِيقَ فِضَّةٍ وَزْنُهُ عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَضَاعَ فَهُوَ بِمَا فِيهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ أَنْ تَكُونَ قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ أَوْ أَكْثَرَ هَذَا

الهلاك، ولا يعتبر الصنعة والجودة، وعلى قولهما كذلك إلا إذا أدى اعتبار الوزن وحده إلى إلحاق الضرر بأحدهما إمَّا الراهن أو المرتهن، فحينئذٍ تعتبر الصنعة والجودة كما يعتبر الوزن، وإذا وجبَ اعتبار الصنعة والوجودة عندهما ولا يمكن جعل المرتهن مستوفيًا مع اعتبار الصنعة والجودة لمكان الربا، يجب القيمة من خلاف الجنس.

بيان هذا الأصل فيما إذا رهن من آخر قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم، وهلك القلب سقط جميع الدَّين بلا خلاف، وإن كانت قيمة القلب لرداءته ثمانية فهلك القلب، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله سقط جميع الدّين، وعندهما يغرم المرتهن قيمته من خلاف الجنس ولا يهلك بالدين.

وفي «المبسوط»: وإذا ارتهن الرجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إمَّا أن تكون قيمته بمثل وزنه عشرة، أو قيمته أقل من وزنه ثمانية، أو قيمته أكثر من وزنه اثنا عشر، وكل وجه من ذلك على وجهين: إمَّا أن يهلك القلب أو ينكسر.

أمَّا إذا كانت قيمته مثل وزنه، فإن هلك القلب سقط حق المرتهن؛ لأن في وزنه وقيمته وفاء بالدين، فيصير المرتهن مستوفيًا كمال حقه بهلاكه، وإن انكسر فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يضمن المرتهن قيمته إن شاء من جنسه، وإن شاء من خلاف جنسه؛ لأنه لا يتمكن فيه الربا، ويكون ما ضمن رهنًا عنده إلى أن يحل الأجل ثم يستوفيه قبضًا من حقه، والمكسور مملوك له بالضَّمان، وعند محمد رحمه الله يتخير الراهن، إن شاء سلم المكسور للمرتهن بدينه وإن شاء افتكه بقضاء الدين، إلى آخره.

الإبريق: إناءٌ له خرطوم، كذا في «المغرب».

قوله: هَذَا الجَوَابُ، أي: **قوله: فَهُوَ بِمَا فِيهِ**، أي: فذلك الرهن ضاع بمقابلة دين العشرة الذي في ذلك الرهن، أو فهو هالك بالدين كله.

الجَوَابُ فِي الوَجْهَيْنِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ عِنْدَهُ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ وَعِنْدَهُمَا بِاعْتِبَارِ القِيمَةِ، وَهِيَ مِثْلُ الدَّيْنِ فِي الأَوَّلِ وَزِيَادَةٌ عَلَيْهِ فِي الثَّانِي فَيَصِيرُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ مُسْتَوْفِيًا (فَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ) المَذْكُورِ، لَهُمَا أَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى الِاسْتِيفَاءِ بِالوَزْنِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالمُرْتَهِنِ، وَلا إِلَى اعْتِبَارِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا فَصِرْنَا إِلَى التَّضْمِينِ، بِخِلَافِ الجِنْسِ لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ وَيُجْعَلَ مَكَانَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ وَلَهُ أَنَّ الجَوْدَةَ سَاقِطَةُ العِبْرَةِ فِي الأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ عِنْدَ المُقَابَلَةِ

قوله: فِي الوَجْهَيْنِ، أي: فيما إذا كانت قيمته مثل وزنه، وفيما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه.

قوله: فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ المَذْكُورِ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه.

قوله: فَصِرْنَا إِلَى التَّضْمِينِ، بِخِلَافِ الجِنْسِ لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ وَيُجْعَلَ مَكَانَهُ - أي: رهنًا - ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ، أي: ثم يفتكه الراهن بقضاء الدَّين فيتملكه، أي: فيتملك الراهن ذلك الرهن الذي جعل مكان الرهن الأول.

وفي بعض الحواشي: ثم يتملكه، أي: ثم يتملكه المرتهن، قلتُ: وهو لا يصح؛ وذلك لأن تملك المرتهن إيَّاه لا يخلو: إمَّا أن يجعل ذلك المضمون رهنًا مكان الرهن الأول ثم يتملكه المرتهن، أو يتملكه قبل أن يجعله رهناً مكان الرهن الأول، فإن جعله رهناً ثم يملكه لا يصح؛ لأن ذلك حكم جاهلي على ما يجيء بعدها بقوله: وَفِي جَعْلِهِ بِالدَّيْنِ إِغْلَاقُ الرَّهْنِ وَهُوَ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ.

ولو قلنا بأنه يتملكه قبل أن يجعله رهنًا كان مخالفًا لرواية «مبسوط شيخ الإسلام»، و«الأسرار»، وشروح «الجامع الصغير»، من «الجامع الصغير» لقاضي خان وغيره.

وقد صرح في «مبسوط شيخ الإسلام» بقوله في هذه الصورة: وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأن للرَّاهن أن يضمنه قيمته من خلاف جنسه، فيكون القيمة رهناً عنده ويحبسها

بِجِنْسِهَا، وَاسْتِيفَاءُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ جَائِزٌ كَمَا إِذَا تَجَوَّزَ بِهِ وَقَدْ حَصَلَ الِاسْتِيفَاءُ بِالإِجْمَاعِ وَلِهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى نَقْضِهِ، وَلا يُمْكِنُ نَقْضُهُ بِإِيجَابِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لا يَدَ لَهُ مِنْ مُطَالِبٍ وَمُطَالَبٍ، وَكَذَا الإِنْسَانُ لا يَضْمَنُ مِلْكَ نَفْسِهِ وَبِتَعَذُّرِ التَّضْمِينِ يَتَعَذَّرُ النَّقْضُ، وَقِيلَ: هَذِهِ فُرَيْعَةُ مَا إِذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ فَهَلَكَتْ ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ يُمْنَعُ الِاسْتِيفَاءُ وَهُوَ مَعْرُوفٌ، غَيْرَ أَنَّ البِنَاءَ لا يَصِحُّ مَا هُوَ المَشْهُورُ؛

إلى أن يستوفي دينه.

وقوله: وَاسْتِيفَاءُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ جَائِزٌ، هكذا وقع في النسخ، ولكن الأصح أن يقال: واستيفاء الرديء بالجيِّد جائز، وإنما قلنا أن هذا أصح لوجهين:

أحدهما: أنّ الاستدلال بقوله: كَمَا إِذَا تَجَوَّزَ بِهِ، أي: في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الأصح أن يقال: فاستيفاء الرديء بالجيِّد؛ لأن التجوز إنما يستعمل فيما إذا أخذ الرديء مكان الجيد؛ ولأن في جواز استيفاء الجيد بالرديء لا شبهة لأحد فيه، فلا يحتاج إلى الاستدلال بشيءٍ آخر.

والثاني: الاستدلال بموضع المسألة، فإن وضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن لعسرته قيمة إبريق هي أقل من العشرة لرداءته، فكان المرتهن مستوفيًا الرديء بمقابلة جيِّده.

قوله: وَقَدْ حَصَلَ الِاسْتِيفَاءُ بِالإِجْمَاعِ؛ لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء من وجه، وإنما ينتقض هذا الاستيفاء برد الرهن على الراهن ولم يرد بل هلك، فكان الاستيفاء حاصلًا بالهلاك بالإجماع.

قوله: لِأَنَّهُ لا يَدَ لَهُ مِنْ مُطَالِبٍ وَمُطَالَبٍ، ولا مطالب هاهنا؛ لأنه لو كان إمَّا أن كان هو الراهن أو المرتهن، ولا يجوز أن يكون الراهن هو المطالب للنقض بعد قضاء دينه بالرديء؛ لأن ذلك يضره ولا ينفعه، ولا يجوز أيضًا أن يكون هو المرتهن؛ لأن المرتهن مطالبٌ فلا يصح أن يكون مطالبًا للتدافع، وفيه أيضًا يلزم تضمين الإنسان ملك نفسه لنفسه

لِأَنَّ مُحَمَّدًا فِيهَا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَفِي هَذَا مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَالفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَبَضَ الزُّيُوفَ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ عَيْنِهَا، وَالزِّيَافَةُ لا تَمْنَعُ الِاسْتِيفَاءَ، وَقَدْ تَمَّ بِالهَلَاكِ وَقَبْضِ الرَّهْنِ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَلَا بُدَّ مِنْ نَقْضِ القَبْضِ، وَقَدْ أَمْكَنَ عِنْدَهُ بِالتَّضْمِينِ، وَلَوِ انْكَسَرَ الإِبْرِيقُ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ

ولا نظير له في الشرع.

وذكر في «المبسوط»: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء يكون بالوزن، وفي القلب وفاء بالدين فيجعل مستوفيًا كمال حقه على معنى أنه لمَّا قبض الرهن مع علمه إن بِهلاك الرهن يصير مستوفيًا دينه باعتبار الوزن، فكأنه رضي بدون حقه في صفة الجودة.

قوله: وَالفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ - أي: على تقدير أن هذه المسألة بناء على تلك المسألة وهي مسألة «الجامع الصغير» - أَنَّهُ قَبَضَ الزُّيُوفَ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ عَيْنِهَا، أي: إن رب الدين قبض الزيوف لتكون ملك الزيوف بعينها مقام ماله من الدين.

قوله: وَالزِّيَافَةُ لا تَمْنَعُ الِاسْتِيفَاءَ، فتمَّ الاستيفاء ولزم بالهلاك، وأمَّا في الرهن فالذي أخذه المرتهن رهنًا ما أخذه عينُه بمقابلة دينه، لكن أخذه ليستوفي دينه من محل آخر فكان هو قابلًا لردِّه بالضمان وأخذه مثل حقه.

وأمَّا وجه بناء هذه المسألة على تلك المسألة فما ذكره في «المبسوط» فقال: وذكر قول محمد رحمه الله في تلك المسألة كقول أبي حنيفة رحمه الله، قال عيسى رحمه الله: هو قوله الأول، أمَّا قوله الآخر كقول أبي يوسف رحمه الله على قياس ما ذكره في كتاب الرهن؛ إذ لا فرق بين الفصلين، فإن الرهن مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء، وهناك المستوفي إذا تعذَّر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله لمكان الجودة فكذلك في الرهن، وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي، ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة، فكذلك في الرهن.

مِثْلَ وَزْنِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لا يُجْبَرُ عَلَى الفِكَاكِ؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِالجَوْدَةِ عَلَى الِانْفِرَادِ،

فإن قال: كيف يستقيم هذا البناء وهناك عند القبض لو كان عالمًا بصفة المستوفي يسقط حقه عندهم جميعًا، وهنا عند قبض الرهن هو عالم برداءة المقبوض؟

قلنا: نعم ولكنه عند قبض الرهن ما كان يعلم أنه يهلك في يده فيصير مستوفيًا به حقه، وإنما يتم الاستيفاء هنا عند هلاك الرهن، فبمجرَّد قبض الرهن لا يتم رضاه بسقوط حقه عن الجودة عندهما، بمنزلة ما لو قبضه للاستيفاء حقيقةً، ولا يعلم أنه دون حقه في الجودة.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «مبسوطه» وجه البناء بقوله: ووجه كونه فرعًا لتلك المسألة أن المرتهن يصير مستوفيًا حكمًا بِهلاك الرهن، فيعتبر بما لو استوفي حقيقةً، ولو استوفي حقيقة ثم عَلِم أن قيمته كانت أقل من حقه لا يكون له قبض الاستيفاء بردِّ المثل، والرجوع بالجياد على قول أبي حنيفة رحمه الله، فكذا إذا استوفي حكمًا وهلك المستوفي عنده.

ثم قال: ولكن جعلُ هذه المسألة مبتدأة أَوْلَى؛ لأنه وجد هاهنا الرضا للمرتهن بالاستيفاء من الراهن متى هلك الرهن من الوجه الذي ذكرنا وثَمَّ لم يوجد.

قوله: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لا يُجْبَرُ عَلَى الفِكَاكِ، بل يضمن المرتهن قيمته إن شاء من جنسه، وإن شاء من خلاف جنسه؛ لأنه لا يتمكن فيه الربا، ويكون ما ضمن رهنًا عنده إلى أن يحل الأجل، كذا في «المبسوط».

قوله: لا يُجْبَرُ عَلَى الفِكَاكِ؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ، إلى آخره.

فإن قلتَ: ما وجه مطابقة هذا التعليل بِهذا الحكم، بل هذا التعليل تعليل عدم سقوط شيءٍ من الدين؛ لأنه لو سقط يصير مستوفيًا الدين بمقابلة الجودة لا تعليل عدم الجبر على الفكاك، وهذا لا مطابقة بينهما كما ترى؟

قلتُ: نعم كذلك لو أجرينا على ظاهره، لكن لا بدَّ من الإضمار في توجيه المطابقة وهو أن يقال: لا يجبر على الفكاك؛ لأنا لو قلنا بالجبر على الفكاك هو لا يخلو عن أحد

وَلا إِلَى أَنْ يَفْتَكَّهُ مَعَ النُّقْصَانِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ فَخَيَّرْنَاهُ، إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِمَا فِيهِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ خِلَافِ جِنْسِهِ، وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ المُرْتَهِنِ، وَالمَكْسُورُ لِلْمُرْتَهِنِ بِالضَّمَانِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ نَاقِصًا، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالدَّيْنِ اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الِانْكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلَاكِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الفِكَاكُ مَجَّانًا صَارَ بِمَنْزِلَةِ الهَلَاكِ، وَفِي الهَلَاكِ الحَقِيقِيِّ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ بِالإِجْمَاعِ فَكَذَا فِيمَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ قُلْنَا: الِاسْتِيفَاءُ عِنْدَ الهَلَاكِ بِالمَالِيَّةِ، وَطَرِيقُهُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ ثُمَّ تَقَعُ المُقَاصَّةُ،

الوجهين: إمَّا أن يجبر على الافتكاك ببعض الدين أو بكله، لا وجه إلى الأول؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ، إلى آخره، فلذلك لا يجبر على الفكاك فكان هذا الحكم نتيجة هذا التعليل بهذا الطريق، والدليل على صحَّة هذا ما ذكره في «الزيادات البرهانية» بقوله: والقلب إذا انكسر لا يسقط شيء من الدين؛ لأنه لو سقط يصير مستوفيًا الدين بمقابلة الجودة، والجودة لا قيمة لها في الأموال الربوية، ولا يجبر الراهن على الفكاك؛ لأنه يؤدي إلى الإضرار به.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ، أي: بالرهن.

قوله: إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِمَا فِيهِ، أي: بالدين الذي في ذلك المكسور وهو جميع الدين.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الفِكَاكُ مَجَّانًا؛ وهذا لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما مرَّ، فتعذر الفكاك أصلًا وصار بمنزلة الهلاك.

قوله: قُلْنَا: الِاسْتِيفَاءُ عِنْدَ الهَلَاكِ بِالمَالِيَّةِ، وَطَرِيقُهُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ، لا أن يتملك المرتهن عين الرهن بالدين ولكن يضمن القيمة؛ لأنه لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا بأداء الضمان، وهذا أمر مشروع، ألا ترى أن محمدًا وافقنا أنه يجب الضمان إذا كان يؤدي إلى الربوا، أو إلى الضرر كما في الوجه الثالث، كذا في «الإيضاح».

وَفِي جَعْلِهِ بِالدَّيْنِ إغْلَاقُ الرَّهْنِ وَهُوَ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالقِيمَةِ أَوْلَى وَفِي الوَجْهِ الثَّالِثِ وَهُوَ مَا إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ وَزْنِهِ ثَمَانِيَةً يَضْمَنُ قِيمَتَهُ جَيِّدًا مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ أَوْ رَدِيئًا مِنْ جِنْسِهِ وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ وَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ حَالَةَ الِانْكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلَاكِ، وَالهَلَاكُ عِنْدَهُ بِالقِيمَةِ وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهِ اثْنَيْ عَشَرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ العِبْرَةَ لِلْوَزْنِ عِنْدَهُ لَا لِلْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فَإِنْ كَانَ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ كُلِّهِ مَضْمُونًا يُجْعَلُ كُلُّهُ

قوله: وَفِي جَعْلِهِ بِالدَّيْنِ إغْلَاقُ الرَّهْنِ، وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكًا للمرتهن.

قوله: عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مرَّ.

قوله: وَالهَلَاكُ عِنْدَهُ بِالقِيمَةِ، أي: في هذا الفصل، وهو ما إذا كانت قيمة القُلب أقل من وزنه مضمون بالقيمة دون الدين، فكذلك عند الانكسار، وإنما يضمن قيمته من خلاف جنسه للتحرز عن الربا، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ كَانَ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ كُلِّهِ مَضْمُونًا يُجْعَلُ كُلُّهُ مَضْمُونًا - وهو فيما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين - وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فَبَعْضُهُ، يعني: إذا كان بعض الرهن مضمونًا كان ذلك البعض مضمونًا لا الزائد عليه، وهو فيما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين، فحينئذٍ تنقسم الجودة على المضمون والأمانة، فما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونًا، وما كان بمقابلة الأمانة يكون أمانة، وفي مسألتنا كان كله مضمونًا؛ لأن وزن الرهن مثل وزن الدين فكان كله مضمونًا.

وحاصله أن الإبريق المرهون، أو القلب المرهون لمَّا كانت قيمته زائدة على الدين مع اتحادهما في الوزن صارت الزيادة مضمونة أيضًا تبعًا للوزن عند أبي حنيفة رحمه الله؛

مَضْمُونًا، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فَبَعْضُهُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الجَوْدَةَ تَابِعَةٌ لِلذَّاتِ، وَمَتَى صَارَ الأَصْلُ مَضْمُونًا اسْتَحَالَ أَنْ يَكُونَ التَّابِعُ أَمَانَةً وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ، وَيَكُونُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الإِبْرِيقِ لَهُ بِالضَّمَانِ وَسُدُسُهُ يُفْرَزُ حَتَّى لَا يَبْقَى الرَّهْنُ شَائِعًا، وَيَكُونُ مَعَ قِيمَتِهِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ المَكْسُورِ رَهْنًا؛ فَعِنْدَهُ تُعْتَبَرُ الجَوْدَةُ وَالرَّدَاءَةُ، وَتُجْعَلُ زِيَادَةُ القِيمَةِ كَزِيَادَةِ الوَزْنِ كَأَنَّ وَزْنَهُ اثْنَا عَشَرَ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الجَوْدَةَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا حَتَّى تُعْتَبَرَ عِنْدَ المُقَابَلَةِ، بِخِلَافِ جِنْسِهَا،

لأن الوزن أصل والصياغة تبع؛ لأن الوزن يقوم بدون الصياغة والصياغة لا تبقى بدون الوزن فكانت الصياغة تبعًا للوزن كالأطراف تبع للرقبة؛ لأن الرقبة تبقى بدون الأطراف، والأطراف لا تبقى بدون الرقبة، فثبتَ أن الصياغة تبع للوزن، وجميع الوزن صار مضمونًا؛ لأن الوزن عشرة والدين عشرة، وإذا صار جميع الوزن مضمونًا صارت الصياغة مضمونة تبعًا للأصل؛ لأن حكم التبع لا يخالف حكم الأصل، فصار الكل مضمونـًا وحالة الانكسار ليست بحالة استيفاء الدين عنه، فيكون ضامنـًا جميع القيمة من خلاف جنسه كما في المغصوب، وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله مثل هذا.

فأمَّا ظاهر المذهب عند أبي يوسف رحمه الله أن المرتهن يضمن خمسة أسداس القلب من خلافه جنسه، ويميز سدسُ المكسور فيضم إلى ما ضمن فيكون مرهونًا عنده، وخمسة أسداس القلب يصير مملوكـًا له بالضمان، وإنما يميز للتحرز عن الشيوع في الرهن، وقد بيَّنا أن الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن؛ وهذا لأن من أصل أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة؛ لأن الجودة والصنعة لهما حكم المالية مع الأصل، ولهذا يعتبر من الثلث في القلب الموصى به، ولو باع الوصي قلبَ اليتيم بمثل وزنه لا يجوز، وتجعل محاباته بالجودة والصنعة كمحاباته بالوزن، وإذا تقرر هذا قلنا خمسة أسداس القلب يصير مضمونًا بجودته وصنعته، وسدسه أمانةً، فالمعتبر بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر، وفيما هو مضمون يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده، فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه لهذا، كذا في «المبسوطين».

وَفِي تَصَرُّفِ المَرِيضِ، وَإِنْ كَانَتْ لا تُعْتَبَرُ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا سَمْعًا فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهَا، وَفِي بَيَانِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ نَوْعُ طُولٍ يُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهِ مِنَ المَبْسُوطِ وَالزِّيَادَاتِ مَعَ جَمِيعِ شُعَبِهَا.

قوله: وَفِي تَصَرُّفِ المَرِيضِ، حق إذا باع المريض قلبًا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة، لم يسلم للمشتري بل يعتبر خروجه من الثلث.

قوله: وَفِي بَيَانِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ نَوْعُ طُولٍ، وهو أن عند محمد رحمه الله إن انتقض بالانكسار درهم أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن انتقض أكثر من ذلك يخيّر الراهن، فإن شاء جعله للمرتهن بدينه، وإن شاء استرده بقضاء جميع الدين؛ لأن من أصله أن الضمان في الوزن والأمانة في الجودة والصنعة، باعتبار أن الجودة والصنعة تابعة للوزن، وصفة الأمانة في المرهون كذلك، فيجعل الأصل بمقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع؛ وهذا لأن الصنعة مال من وجه كما قرره أبو يوسف رحمه الله أنّها مال تبعًا للأصل، ولكن ليس لها حكم المالية والتقوم منفردًا عن الأصل، كما أن حكم الرهن فيما هو أمانة ثابت من وجه وهو الحبس بالدين، وليس بثابت في حكم الضمان، فإذا كانت الأمانة هاهنا في الصنعة والجودة قلنا: إذا لم ينتقض بالانكسار أكثر من درهمين فالفائت ما كان أمانة فيجبر الراهن على الفكاك، وإن انتقض أكثر من ذلك فقد فاتَ شيء من المضمون، وحالة الانكسار عند محمد رحمه الله معتبرة بحالة الهلاك، وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيًا دينه، فكذلك عند الانكسار يكون مضمونًا بالدين، ويتخيّر الراهن كما بيّنا، كذا في «المبسوط».

وحاصله أن محمدًا إنما حصر وجوب الجبر في الفكاك عند عدم ازدياد النقصان على الدرهمين؛ لأنه إذا زاد النقصان على الدرهمين يقع النقصان في الأمانة فيقع المرهون المضمون على حاله، فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء، إلى هذا أشار شيخ الإسلام رحمه الله في «المبسوط»، وقال:

فمحمد رحمه الله يقول بأن الانكسار متى لم يوجب نقصانًا من العشرة لم يتغير شيء

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ الْمُشْتَرِي شَيْئًا بِعَيْنِهِ جَازَ اسْتِحْسَانًا) وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ، وَعَلَى هَذَا القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ إِذَا بَاعَ شَيْئًا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ كَفِيلًا مُعَيَّنًا حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ فَقَبِلَ، وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهُ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ؛ وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا، وَمِثْلُهُ يُفْسِدُ البَيْعَ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ شَرْطٌ

من المضمون، وإذا لم يتغير من المضمون شيء يجبر الراهن على الفكاك كما قبل الانكسار، وإنما قلنا: لم يتغير من المضمون شيء؛ لأن الرهن حصل بما بقي من الدين ويزيد عليه، فإن الدين عشرة وقيمة الرهن اثنا عشر، وفي الوزن وفاء بالدين، فإن وزنه عشرة والدين عشرة، وإذا كان في الوزن وفاء بالدين صرف الدين إلى الوزن لا إلى الصياغة؛ لأن قضاء الدين يقع بالوزن لا بالصياغة؛ لأن الصياغة تبع للوزن، وإذا صار الدين مصروفًا إلى الوزن بقي الصياغة فارغة عن الدين فكان أمانة، فإذا أوجب الكسر من النقصان مقدار الصياغة لا غير كان الفائت بالانكسار قدر الأمانة، والتغير في الأمانة لا تثبت للمالك خيارًا، فأمّا إذا زاد النقصان على قيمة الصياغة فالآن الفائت بعض الوزن فإنه مضمون، والتغير في المضمون يثبت للراهن خيارًا.

قوله: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ الْمُشْتَرِي، إلى آخره، هذه المسألة مذكورة في باب البيوع إذا كان فيها شرط، من بيوع «المبسوط».

قوله: شَيْئًا بِعَيْنِهِ، قيَّد به؛ لأنه لو لم يكن المرهون معينًا كان العقد فاسدًا قياسًا واستحسانًا.

وقوله: فَقَبِلَ، أي: فقبل الكفيل الكفالة.

قوله: وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ، قيَّد به لأنه لو كان شرطًا يقتضيه العقد وهو الشرط الذي يجب بالعقد من غير شرط فهو غير مفسد للعقد، كما إذا شرط على البائع تسليم المبيع إلى المشتري، أو شرط على المشتري تسليم الثمن إلى البائع.

قوله: وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا، أي: للبائع.

قوله: أَنَّهُ شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ، يعني به أنه مؤكد موجب العقد؛ وذلك لأن المقصود

مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الكَفَالَةَ وَالرَّهْنَ لِلِاسْتِيثَاقِ وَأَنَّهُ يُلَائِمُ الوُجُوبَ، فَإِذَا كَانَ الكَفِيلُ حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ وَالرَّهْنُ مُعَيَّنًا اعْتَبَرْنَا فِيهِ المَعْنَى وَهُوَ مُلَائِمٌ فَصَحَّ العَقْدُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الرَّهْنُ وَلَا الكَفِيلُ مُعَيَّنًا أَوْ كَانَ الكَفِيلُ غَائِبًا حَتَّى افْتَرَقَا لَمْ يَبْقَ مَعْنَى الكَفَالَةِ وَالرَّهْنِ لِلْجَهَالَةِ فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِعَيْنِهِ فَيَفْسُدُ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا فَحَضَرَ فِي المَجْلِسِ وَقَبِلَ صَحَّ.

(وَلَوِ امْتَنَعَ المُشْتَرِي عَنْ تَسْلِيمِ الرَّهْنِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ) وَقَالَ زُفَرُ: يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ إِذَا شُرِطَ فِي البَيْعِ صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ كَالوَكَالَةِ المَشْرُوطَةِ فِي الرَّهْنِ فَيَلْزَمُهُ بِلُزُومِهِ وَنَحْنُ نَقُولُ: الرَّهْنُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ مِنْ جَانِبِ الرَّاهِنِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا جَبْرَ عَلَى التَّبَرُّعَاتِ (وَلَكِنَّ البَائِعَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَضِيَ بِتَرْكِ الرَّهْنِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ البَيْعَ)؛ لِأَنَّهُ وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ وَمَا رَضِيَ إِلَّا بِهِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ (إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ المُشْتَرِي الثَّمَنَ حَالًّا) لِحُصُولِ المَقْصُودِ (أَوْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الرَّهْنِ رَهْنًا)؛ لِأَنَّ يَدَ الِاسْتِيفَاءِ

بالكفالة التوثق بالثمن، فاشتراطها في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن، ولو اشترط في البيع ثمنًا جيدًا كان البيع جائزًا، وكذلك في اشتراط الرهن؛ لأن المقصود بالرهن الاستيفاء، فإن موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن يلائم العقد، ثم لو أبى المشتري أن يرهنه ما سمي لم يجبر عليه؛ لأن تمام الرهن بالقبض ولم يوجد القبض.

وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله يجبر عليه؛ لأنه يثبت في ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقًّا، كالعدل في الرهن إذا سلطه على البيع كان مجبرًا عليه، ولا يملك الراهن عزله، بخلاف التوكيل بالبيع مقصودًا، ولكنا نقول: عقد الرهن ليس من حقوق البيع، فلا بدَّ في إتمامه من إيجاد شرط العقد وإتمامه للقبض، فما لم يوجد لم يلزم حكم الرهن، ألا ترى أن يد الاستيفاء لا تثبت له إلا بالقبض، فكذا اشتراطه في العقد لا يلزمه إلا بالقبض، ولكن

تَثْبُتُ عَلَى المَعْنَى وَهُوَ القِيمَةُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فَقَالَ لِلْبَائِعِ أَمْسِكْ هَذَا الثَّوْبَ حَتَّى أُعْطِيَكَ الثَّمَنَ فَالثَّوْبُ رَهْنٌ)؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يُنْبِئُ عَنْ مَعْنَى الرَّهْنِ وَهُوَ الحَبْسُ إِلَى وَقْتِ الإِعْطَاءِ، وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي حَتَّى كَانَتِ الكَفَالَةُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ حَوَالَةً، وَالحَوَالَةُ فِي ضِدِّ ذَلِكَ كَفَالَةٌ وَقَالَ زُفَرُ: لا يَكُونُ رَهْنًا، وَمِثْلُهُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَمْسِكْ يَحْتَمِلُ الرَّهْنَ وَيَحْتَمِلُ الإِيدَاعَ، وَالثَّانِي أَقَلُّهُمَا فَيَقْضِي بِثُبُوتِهِ

إن أبى المشتري أن يرهنه فللبائع أن يفسخ العقد؛ لأن رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيًا، وإذا لم يتم رضاه كان له أن يفسخ، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فَقَالَ لِلْبَائِعِ أَمْسِكْ هَذَا الثَّوْبَ، أي: ثوبًا آخر غير المبيع، هكذا ذكر في بعض الحواشي، ولكن الإمام التمرتاشي رحمه الله ذكر في «الجامع الصغير»: اشترى ثوبًا وقبضه ثم أعطى البائع وقال له: أمسكه حتى أعطيك الثمن، فهو رهن عند أبي حنيفة، وديعة عند أبي يوسف رحمهما الله، ولو قال: أمسكه بثمنك، أو قال: أمسكه رهنًا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن في القولين، فعُلِم بهذا أنه لا يتفاوت بين أن يشير بقوله إلى ثوب آخر، أو ثوب اشتراه وقبضه وهو الصواب؛ لأن الثوب لمَّا اشتراه وقبضه كان هو وسائر أعيانه المملوكة سواءً في صحة الرهن.

ثم ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله بعد هذه المسألة: اشترى لحمًا أو سمكًا فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ، فخشى البائع أن يفسد فإنه يبيعه، ويسع المشتري الشراء، فإن كان في الثمن زيادة يتصدق بها.

وقال أيضًا: اشترى جمدًا وقبضه ولم يعط الثمن فأخذ البائع الجمد من يده، فقال: هات الفلس وخذ الجمد فذاب، فعلى المشتري الثمن وعلى البائع قيمة الجمد، وبمثله لو قال المشتري للبائع بعد الأخذ: ضع الجد هاهنا حتى آتِي بالفلس فوضع فذابَ لا شيء على البائع؛ لأنه مودع، ولو قال للبائع قبل القبض: أمسكه حتى آتِي بالفلس فذاب بطل البيع

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَمْسِكْهُ بِدَيْنِكَ أَوْ بِمَالِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَابَلَهُ بِالدَّيْنِ فَقَدْ عَيَّنَ جِهَةَ الرَّهْنِ قُلْنَا: لَمَّا مَدَّهُ إِلَى الإِعْطَاءِ عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنُ.

ولا شيء على أحدٍ.

قوله: قُلْنَا: لَمَّا مَدَّهُ إِلَى الإِعْطَاءِ عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنُ؛ لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن؛ وذلك لأن التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكأنه قال: رهنتُكه بالثمن، ألا ترى أنه لو قال: ملكتُك هذا الثوب بعشرة، كان هذا وقوله: بعتُك بالعشرة سواءً، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام، والمحبوبي رحمهما الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

(وَمَنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَاقِيَ الدَّيْنِ) وَحِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَخُصُّهُ إِذَا قُسِّمَ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَتِهِمَا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَحْبُوسٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ فَيَكُونُ مَحْبُوسًا بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ مُبَالَغَةً فِي حَمْلِهِ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ وَصَارَ كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ، فَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَعْيَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا مِنَ المَالِ الَّذِي رَهَنَهُ بِهِ، فَكَذَا الجَوَابُ فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ: وَفِي الزِّيَادَاتِ: لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ إِذَا أَدَّى مَا سَمَّى لَهُ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ العَقْدَ مُتَّحِدٌ لا يَتَفَرَّقُ بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ كَمَا فِي المَبِيعِ، وَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ لا حَاجَةَ إِلَى الِاتِّحَادِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ

فصلٌ

لمَّا ذكر حكم الرهن الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الاثنين منه.

قوله: وَصَارَ كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ، يعني: إذا أدَّى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن، فكذلك هاهنا.

قوله: فَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَعْيَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا مِنَ المَالِ الَّذِي رَهَنَهُ بِهِ فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، يعني: لو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسمائة، ثم قضاه خمسمائة ففي جواب «المبسوط» حكمه كحكم الأول، حتى لو قضى خمسمائة ليس له أن يأخذ أحدهما هاهنا أيضًا، وفي جواب «الزيادات» له أن يأخذ أحدهما عند قضاء حصته.

العَقْدَيْنِ لا يَصِيرُ مَشْرُوطًا فِي الآخَرِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لَوْ قَبِلَ الرَّهْنَ فِي أَحَدِهِمَا جَازَ.

قَالَ: (فَإِنْ رَهَنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ بِدَيْنٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جَازَ،

قوله: أَلا يَرَى أَنَّهُ لَوْ قَبِلَ الرَّهْنَ فِي أَحَدِهِمَا جَازَ، يعني: لو قال: رهنتُك هذين العبدين بألف، كل واحدٍ منهما بخمسمائة، فقبل المرتهن أحدهما بخمسمائة جاز الرهن فيه، فلمَّا تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجبَ أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء.

وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية، فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة، بخلاف البيع، فهناك بتفرق التسمية لا تتفرق الصفقة، بدليل أنه لو باع عبدين بألف كل واحدٍ منهما بخمسمائة، فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز، كما في حالة الإجمال؛ وهذا لأن البيع عقد تمليك، والهلاك قبل القبض مبطل للبيع، فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي، فينفسخ البيع فيه، بخلاف الرهن؛ فإن بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به، كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن، فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدي ذلك إلى تفريق الصفقة؛ لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه.

فإن قيل: هذا في حالة الإجمال موجود؟

قلنا: نعم، ولكن في حالة الإجمال حصة كل عبد من الدين غير معلومة بيقين، فأمَّا عند التفصيل حصة كل عبد معلومة بالتسمية، فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين به، ولو رهنه شاتين بثلاثين درهمًا، إحداهما بعشرين والأخرى بعشرة، ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن؛ لجهالة مقدار ما رهن به كل واحدة من الشاتين، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة، فإن إحداهما لو هلكت وقيمتها عشرون فالراهن يقول: هذه التي رهنتُها بعشرين، والمرتهن يقول: بل هذه بعشرة، فإن بيَّن كل واحدة منهما كان جائزًا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ رَهَنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ بِدَيْنٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جَازَ، أطلق

وَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ أُضِيفَ إِلَى جَمِيعِ العَيْنِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا شُيُوعَ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ صَيْرُورَتُهُ مُحْتَبِسًا بِالدَّيْنِ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَقْبَلُ الوَصْفَ بِالتَّجَزِّي فَصَارَ مَحْبُوسًا بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ الهِبَةِ مِنْ رَجُلَيْنِ حَيْثُ لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (فَإِنْ تَهَايَآ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ كَالعَدْلِ فِي حَقِّ الآخَرِ).

في الرواية، ولم يبين أنَّهما شريكان في الدين أو لم يكونا شريكين، ودينهما من جنس واحدٍ أو من جنسين مختلفين، بأن كان دين أحدهما دراهم والآخر دنانير، فإن ذلك كله جائز.

قوله: لِأَنَّ الرَّهْنَ أُضِيفَ إِلَى جَمِيعِ العَيْنِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا شُيُوعَ فِيهِ، فإن قلتَ: يشكل هذا بالبيع من رجلين والهبة من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن فيهما أيضًا أضيف عقد البيع والهبة إلى جميع العين في صفقة واحدة إلى اثنين، وهناك وجب الشيوع والانقسام، حتى أنه لو باع داره من رجلين انقسم الدار بينهما نصفين كما لو نصَّ على المناصفة، وكذلك في الهبة دل أن إضافة العقد إلى اثنين يوجب الشيوع والانقسام، فكيف لم يوجب هاهنا؟

قلتُ: إن الشيوع والانقسام كما يثبت بإضافة العقد إلى اثنين، يثبت الشيوع والانقسام بين البدل والمبدل، كما في البيع إذا أضيف البيع إلى اثنين، حيث ينقسم أجزاء المبيع على أجزاء الثمن، وأجزاء الثمن على أجزاء المبيع، ثم يسقط اعتبار الانقسام بين الدين وأجزاء الرهن تحريًا لجواز العقد، وجعل الكل مرهونًا بجميع الدين، وكل جزء من أجزائه محبوسًا ومرهونًا بجميع الدين تحريًا للجواز، بخلاف البيع، فإن اعتبار الانقسام هناك بسبب إضافة البيع إلى اثنين لا يوجب فساد البيع، كما لا يوجب فساد المبيع متى ثبت الانقسام بين أجزاء المبيع وأجزاء الثمن؛ لما أن بيع الشائع جائز، فاعتبر الانقسام متى أضيف البيع إلى اثنين وإن أوجب الشيوع، وهذا بخلاف ما لو وهب داره من رجلين، فإنه لا يجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله.

قَالَ: (وَالمَضْمُونُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّتُهُ مِنَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ الهَلَاكِ يَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَوْفِيًا حِصَّتَهُ؛ إِذِ الِاسْتِيفَاءُ مِمَّا يَتَجَزَّأُ.

قَالَ: (فَإِنْ أَعْطَى أَحَدُهُمَا دَيْنَهُ كَانَ كُلُّهُ رَهْنًا فِي يَدِ الآخَرِ)؛ لِأَنَّ جَمِيعَ العَيْنِ رَهْنٌ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ تَفَرُّقٍ وَعَلَى هَذَا حَبْسُ المَبِيعِ إِذَا أَدَّى أَحَدُ المُشْتَرِيَيْنِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَهَنَ رَجُلَانِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِمَا رَجُلًا رَهْنًا وَاحِدًا فَهُوَ جَائِزٌ وَالرَّهْنُ رَهْنٌ

بخلاف الرهن من رجلين فإنه جائز؛ لأن المقصود من الهبة إيجاب الملك، والعين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكًا لكل منهما كملًا، فينصف الدار شائعًا، وهبة المشاع لا تجوز، وأمَّا المقصود من الرهن إيجاب الحبس للحال حتى يضجر الراهن فيؤدي دينه الذي عليه، والعين الواحد يجوز أن يكون محبوسًا كله بحق هذا وكله بحق الآخر، فجعلنا العين محبوسًا لكل واحد منهما بكماله، كما في تداخل العدتين في حق المرأة الواحدة، فإنَّها محبوسة بعدة كل واحد من الرجلين كملًا، إلى هذا أشار في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: فَإِنْ أَعْطَى أَحَدُهُمَا دَيْنَهُ كَانَ كُلُّهُ رَهْنًا فِي يَدِ الآخَرِ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ العَيْنِ رَهْنٌ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فإن قلتَ: لمَّا أعطى دين أحدهما صار مقصود ذلك المرتهن حاصلًا من الرهن، وهو أن يكون الرهن وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي، وقد وجد له الاستيفاء الحقيقي، فبعد ذلك صار رهنًا كله في يد الآخر من كل وجهٍ من غير نيابة من الذي قضى دينه، فينبغي على هذا أن لو هلك الرهن في يد الثاني أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين، وقد صرح في «المبسوط» بأن يسترد منه ما قضاه من الدين، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه هو أن ارتهان كل واحدٍ منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن، لما ذكر في الكتاب: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ كَالعَدْلِ فِي حَقِّ الآخَرِ.

وذكر في «المبسوط»: وإن تلف الرهن عنده استرد من الذي قضاه ما أعطى؛ لأن بِهلاك

بِكُلِّ الدَّيْنِ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُمْسِكَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ يَحْصُلُ فِي الكُلِّ مِنْ غَيْرِ شُيُوعٍ (فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ رَهَنَهُ عَبْدَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ وَقَبَضَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّهُ رَهَنَهُ كُلَّ العَبْدِ، وَلا وَجْهَ إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالكُلِّ؛ لِأَنَّ العَبْدَ الوَاحِدَ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ رَهْنًا لِهَذَا وَكُلُّهُ رَهْنًا لِذَلِكَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَا إِلَى القَضَاءِ بِكُلِّهِ لِوَاحِدٍ بِعَيْنِهِ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَلا إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الشُّيُوعِ فَتَعَذَّرَ العَمَلُ بِهِمَا وَتَعَيَّنَ التَّهَاتُرُ.

الرهن يصير كل واحد منهما مستوفيًا دينه من نصف مالية الرهن، فإن في الرهن وفاءً بدينهما، فتبيَّن أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيًا، وقد بيَّنا أن باستيفاء الدين يتقرر حكم ضمان الرهن ولا يبطل ما لم يعد الرهن إلى يد الراهن.

قوله: فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ رَهَنَهُ عَبْدَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ وَقَبَضَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ، وصورة المسألة هي أن العبد إذا كان في يد رجل، وجاء رجل آخر ادعى على صاحب اليد: إنك رهنتني عبدك هذا بدين لي عليك، فإنِّي ارتهنتُ منك وقبضتُ، وأقام البينة على وفق دعواه، وجاء رجل آخر ادعى على هذا الرجل الذي في يده ذلك العبد مثل ما ادَّعى المدعي الأول وأقام البينة على ما ادعاه.

فالحاصل أن المرتهن اثنان والراهن واحدٌ، ولكن لم يثبت اتحاد عقد الرهن فلذلك بطل هاهنا، بخلاف ما تقدم.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: لم يذكر الاستحسان هاهنا، إنما ذكر بعد هذا على ما نبيّنه، وإن أقام أحدهما البينة أنه الأول، أو وقتت بينة كل واحدٍ منهما، فهو رهن لأولهما وقتًا؛ لأنه أثبت حقه بعقد تام في وقت لا ينازعه صاحبه، وثبوت حقه في ذلك الوقت يمنع ثبوت حق الثاني بعده، ما لم يسقط حق الأول بالفكاك.

وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ يَكُونُ رَهْنًا لَهُمَا كَأَنَّهُمَا ارْتَهَنَاهُ مَعًا إِذَا جُهِلَ التَّارِيخُ بَيْنَهُمَا، وَجُعِلَ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ هَذَا وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ، لِأَنَّا نَقُولُ: هَذَا عَمَلٌ عَلَى خِلَافِ مَا اقْتَضَتْهُ الحُجَّةُ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ حَبْسًا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى مِثْلِهِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَبِهَذَا القَضَاءِ يَثْبُتُ حَبْسٌ يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى شَطْرِهِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَلَيْسَ هَذَا عَمَلًا عَلَى وَفْقِ الحُجَّةِ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِنْ كَانَ قِيَاسًا لَكِنَّ مُحَمَّدًا أَخَذَ بِهِ لِقُوَّتِهِ، وَإِذَا وَقَعَ بَاطِلًا فَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ أَمَانَةً؛ لِأَنَّ البَاطِلَ لا حُكْمَ لَهُ.

وإن كان في يد أحدهما فهو أوْلَى به؛ لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أوْلَى، كما لو ادعى رجلان نكاح امرأة وهي في يد أحدهما وأقاما البينة، أو ادعى كل واحد منهما شراء عين وأقاما البينة، والعين في يد أحدهما فإن صاحب اليد أوْلَى، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول فحينئذٍ شهوده صرحوا بسبق تاريخ عقده، والتاريخ المنصوص عليه يترجح على التاريخ المدلول عليه، وإن كان في أيديهما جميعًا فإن علم الأول منهما فهو الأول، وإن لم يعلم الأول لم يكن رهنًا لواحد منهما قياسًا، قال في «الأصل»: وبه نأخذ، وفي الاستحسان لكل واحدٍ منهما نصفه رهن بنصف حقه؛ لأن التعارض متى وقع بين البينتين وجب العمل بهما بحسب الإمكان، ألا ترى أن في البيع بعد التعارض يعمل بالبينتين ويجعل كأنه باع منهما، فكذلك في الرهن يجعل كأنه رهن منهما جميعًا، ورهن العين من رجلين صحيح على أن يكون مضمونًا بدين كل واحد منهما.

ووجه القياس أن عند التعارض إنما يقضي لكل واحد منهما بالنصف، وذلك غير ممكن هاهنا لأجل الشيوع، وقد بيَّنا أن العين في حكم الرهن لا يحتمل التجزي كالمرأة في حكم النكاح، وعند استواء البينتين في دعوى النكاح على امرأة واحدة لا يقضي بشيء، فهذا مثله.

بخلاف الرهن من رجلين؛ لأن حق كل واحد منهما هناك يثبت في جميع الرهن، حتى إذا قضى جميع دين أحدهما لا يسترد شيئًا من الرهن ما لم يقض دين الآخر لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه، وهاهنا لا يمكن القضاء بذلك؛ لأن

قَالَ: (وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ وَالعَبْدُ فِي أَيْدِيهِمَا فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى مَا وَصَفْنَاهُ كَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ رَهْنًا يَبِيعُهُ بِحَقِّهِ اسْتِحْسَانًا) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَفِي القِيَاسِ: هَذَا بَاطِلٌ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الحَبْسَ لِلِاسْتِيفَاءِ حُكْمٌ أَصْلِيٌّ لِعَقْدِ الرَّهْنِ فَيَكُونُ القَضَاءُ بِهِ قَضَاءً بِعَقْدِ الرَّهْنِ وَأَنَّهُ بَاطِلٌ لِلشُّيُوعِ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ العَقْدَ لا يُرَادُ لِذَاتِهِ، وَإِنَّمَا يُرَادُ لِحُكْمِهِ، وَحُكْمُهُ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ الحَبْسُ وَالشُّيُوعُ يَضُرُّهُ، وَبَعْدَ المَمَاتِ الِاسْتِيفَاءُ بِالبَيْعِ فِي الدَّيْنِ وَالشُّيُوعُ لا يَضُرُّهُ، وَصَارَ كَإِذَا ادَّعَى الرَّجُلَانِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ أَوِ ادَّعَتْ أُخْتَانِ النِّكَاحَ عَلَى رَجُلٍ وَأَقَامُوا البَيِّنَةَ تَهَاتَرَتْ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ وَيُقْضَى بِالمِيرَاثِ بَيْنَهُمْ بَعْدَ المَمَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الِانْقِسَامَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كل واحد منهما غير راض بثبوت حق صاحبه، وإنما نأخذ بالقياس هاهنا؛ لأن وجهه أقوى، وقد ذكر الاستحسان فيما إذا كان الرهن في أيديهما، ولم يذكر فيما إذا كان العين في يد الراهن وهي المسألة الأولى، والأصح أن القياس والاستحسان فيهما جميعًا.

قوله: وَفِي القِيَاسِ: هَذَا بَاطِلٌ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، فإنه يسوي بين حال الحياة وحال الوفاة؛ لما مرَّ أن القاضي لا يتمكن من القضاء لكل واحدٍ منهما بالرهن إلا في النصف، والشيوع لمَّا منع صحة الرهن في حياة الراهن فكذا بعد وفاته، والله تعالى أعلم.

تمَّ المجلد العاشر من «النِّهاية في شرح الهداية»،

ويتلوه المجلد الحادي عشر، وفي أوله (باب الرّهن يوضع على يدي العدل).

فهرس المحتويات

في المجلَّد العاشر من «النِّهاية في شرح الهداية»

كتابُ الغصب

كتابُ الشفعة

كتابُ القسمة

كتابُ المزارعة

كتابُ المساقاة

كتابُ الذبائح

كتابُ الأضحية

كتابُ الكراهية

كتابُ إحياء الموات

كتابُ الأشربة

كتابُ الصيد

كتابُ الرهن

تمّ الفهرس